

Tilburg University

## Scheiding en aanmerkelijk belang

Hoogeveen, M.J.

*Published in:*  
Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding

*Publication date:*  
2012

*Document Version*  
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Hoogeveen, M. J. (2012). Scheiding en aanmerkelijk belang. In I. J. F. A. Vijfeijken (Ed.), *Inkomstenbelasting en de gevolgen van (echt)scheiding* (pp. 195-224). (Fiscale Geschriften; No. 13). SDU-uitgevers.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## 7 Scheiding en aanmerkelijk belang

Mr. dr. M.J. Hoogeveen

### 7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk bespreek ik de gevolgen van echtscheiding voor het aanmerkelijk belang. Voor een goed begrip van de gevolgen van echtscheiding voor de aanmerkelijkbelangregeling, moet duidelijk zijn wat de Wet IB 2001 onder een aanmerkelijk belang verstaat. Vandaar dat ik in § 7.2 eerst kort aandacht besteed aan de vraag wanneer sprake is van een aanmerkelijk belang. Vervolgens ga ik in op de gevolgen die de beëindiging van het fiscale partnerschap met zich kunnen meebrengen (§ 7.3) en op de fiscale gevolgen van de verdeling van de huwelijksgemeenschap (§ 7.4). Hierbij is dus steeds het uitgangspunt dat de echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd. In § 7.5 besteed ik, voor zover afwijkend, apart aandacht aan de gevolgen bij huwelijkse voorwaarden. Ten slotte gaat § 7.6 over het afkopen van de alimentatie door de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen. Ik sluit dit hoofdstuk af met een korte conclusie in § 7.7.

### 7.2 Wanneer is sprake van een aanmerkelijk belang?

#### 7.2.1 Inleiding

Een belastingplichtige is aanmerkelijkbelanghouder indien hij ten aanzien van specifiek genoemde vermogensbestanddelen voldoet aan een kwantitatief criterium. Zie § 7.2.2. Voor het kwantitatieve criterium wordt in beginsel aangesloten bij de civielrechtelijke eigendom van deze vermogensbestanddelen. Indien het economische belang bij deze vermogensbestanddelen bij een ander ligt dan de juridische eigenaar, is het kwalitatieve criterium doorslaggevend voor de vraag wie de aanmerkelijkbelanghouder is. Zie § 7.2.3.

#### 7.2.2 Kwantitatief criterium

##### 7.2.2.1 Inleiding

Uit art. 4.3, 4.6 en 4.7 Wet IB 2001 blijkt dat iemand aanmerkelijkbelanghouder is als hij al dan niet tezamen met zijn partner:

1. voor minimaal 5% van het geplaatste kapitaal direct of indirect aandeelhouder is;
2. een koopoptie heeft op ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal;
3. 5% bezit van het geplaatste aandelenkapitaal van zogenoemde soort aandelen;
4. een koopoptie heeft op ten minste 5% van het geplaatste aandelenkapitaal van zogenoemde soort aandelen;
5. winstbewijzen bezit die recht geven op minimaal 5% van de jaarwinst en/of de liquidatie-uitkeringen;
6. een recht van vruchtgebruik heeft op ten minste 5% van de geplaatste aandelen of winstbewijzen;
7. gerechtigd is om ten minste 5% van de stemmen uit te brengen in de algemene vergadering van een coöperatie.

Hierna zal ik het steeds hebben over aandelen. Hetgeen ik over aandelen opmerk, geldt *mutatis mutandis* ook voor de overige vermogensbestanddelen die tot een aanmerkelijk belang kunnen behoren, tenzij anders aangegeven.

##### 7.2.2.2 Samentelbepaling

De belangen van fiscale partners worden bij elkaar geteld om te bepalen of een aanmerkelijk belang aanwezig is.<sup>1</sup> De wetgever acht tussen deze personen namelijk een samenwerkende groep aanwezig. Bovendien wordt hiermee voorkomen dat belastingplichtigen middels een overdracht het 5%-criterium eenvoudig kunnen ontgaan. Fiscale partners zijn:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Koopopties worden voor de bepaling of sprake is van een aanmerkelijk belang niet gezien als een aandeel. Een belastingplichtige met 4% aandelen en 5% koopopties heeft dus geen aanmerkelijk belang in de zin van art. 4.6 Wet IB 2001.

<sup>2</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving van het partnerbegrip met ingang van 1 januari 2011, N.C.G. Gubbels, Het nieuwe (gecoördineerde) partnerbegrip in de inkomstenbelasting en Successiewet, *WPNR* 2011/6685 en § 2.4.2 van dit boek. Onder het partnerbegrip dat tot 1 januari 2011 gold, vielen niet duurzaam gescheiden levende echtelieden altijd onder de samentelbepaling. Ongehuwden daarentegen hadden de mogelijkheid om zich te ontdoen van de samentelbepaling enkel en alleen door niet te opteren voor partnerschap. Stevens acht dit een onrechtvaardige begunstiging ten opzichte van de gehuwden die deze mogelijkheid niet hebben. Bovendien verhoudt een dergelijke keuzemogelijkheid zich volgens hem niet met de duurzame zorgplicht die ook ongehuwden/samenwonenden jegens elkaar hebben. L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 511-512. In gelijke zin A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 369 en 372.

1. de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, tenzij een verzoek tot scheiding van tafel en bed respectievelijk ontbinding van het huwelijk is ingediend én de echtgenoten niet (meer) op hetzelfde adres staan ingeschreven in de basisadministratie van de gemeente<sup>3</sup>, en
2. de ongehuwd meerderjarige samenwonenden die samen op hetzelfde woonadres in de gemeentelijke basisadministratie staan ingeschreven en:
  - a. een notarieel samenlevingscontract zijn aangegaan, of
  - b. voldoen aan één van de objectieve criteria die zijn opgenomen in art. 1.2, tweede lid, Wet IB 2001.

### 7.2.2.3 Meesleep- en meetrekregeling

In het geval iemand op grond van art. 4.3 jo. art. 4.6 of 4.7 Wet IB 2001 aanmerkelijkbelanghouder is, horen ook alle overige tot zijn vermogen behorende aandelen in, winstbewijzen van, koopties op en genotsrechten op aandelen in die vennootschap tot het aanmerkelijk belang. Dit is het geval op grond van de meesleepregeling van art. 4.9 Wet IB 2001. Naast deze meesleepregeling geeft art. 4.10 Wet IB 2001 een meetrekregeling voor de familiegroep. Deze regeling houdt in dat als een belastingplichtige zelf geen aanmerkelijk belang heeft in een vennootschap, maar zijn partner of één van hun bloed- en aanverwanten in de rechte lijn wel, de aandelen in, winstbewijzen van, koopties op alsmede een eventueel genotsrecht op aandelen in dezelfde vennootschap toch tot een aanmerkelijk belang van die belastingplichtige behoren.

#### Voorbeeld

A en B zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd. A bezit 4% van het geplaatste aandelenkapitaal van bv A. Hetzelfde geldt voor zijn echtgenoot B. De zoon van A en B bezit 2% van de aandelen bv A. A en B bezitten een aanmerkelijk belang op grond van art. 4.6 Wet IB 2001; zij hebben samen met hun partner een belang van 8%. Ook de zoon heeft een aanmerkelijk belang in bv A, maar dan op grond van art. 4.10 Wet IB 2001.

#### Voorbeeld

Uitgangspunt is de situatie in het voorbeeld hiervoor, alleen nu zijn A en B niet gehuwd, maar samenwonend. Of zij een aanmerkelijk belang hebben, is afhankelijk van de vraag of zij fiscaal partner zijn van elkaar in de zin van art. 1.2 Wet IB 2001. Indien zij fiscaal partner zijn, hebben zij beiden een aanmerkelijk belang (art. 4.6 Wet IB 2001) en dientengevolge hun zoon ook (art. 4.10 Wet IB 2001). Zijn zij geen fiscaal partner, dan bezit geen van drieën een aanmerkelijk belang.

### 7.2.2.4 Samenloop met box 3

Zoals bekend, belast box 2 de werkelijke inkomsten behaald met het aanmerkelijkbelangpakket. In de regel zijn deze inkomsten belast op het moment dat deze daadwerkelijk worden gerealiseerd. Box 3 daarentegen belast een fictieve inkomst op de peildatum, die vanaf 1 januari 2011 in de regel op 1 januari valt. Deze verschillende heffingswijzen en heffingsmomenten van box 2 en box 3 kunnen economisch dubbele heffing veroorzaken. Dit doet zich voor als box 3-aandelen in de eerste helft van enig jaar box 2-aandelen worden. Stel dat de aandelen op 31 januari een aanmerkelijk belang vormen. De verkrijgingsprijs van de aandelen wordt dan gesteld op de waarde in het economische verkeer op 31 januari. Echter de heffing in box 3 op 1 januari is ervan uitgegaan dat de aandelen het gehele jaar tot het box 3-vermogen behoren. De facto worden de aandelen bij hetzelfde subject dus dubbel belast. Dit is naar mijn mening onwenselijk, maar lijkt inherent aan enerzijds de keuze van de wetgever voor de verschillende heffingsstelsels binnen één inkomstenbelasting en anderzijds de keuze voor een robuuste werking van box 3.<sup>4</sup> Zoals economisch dubbele heffing ongewenst is, is het ook ongewenst als er economisch gezien geen heffing plaatsvindt. Dit laatste doet zich voor als box 2-aandelen na de peildatum van 1 januari box 3-aandelen worden of indien de box 2-aandelen na 1 januari worden verkocht.<sup>5</sup>

## 7.2.3 Kwalitatief criterium

Het kwantitatieve criterium bepaalt dat de aandeelhouder 5% van de aandelen in zijn bezit moet hebben. Op grond van het kwalitatieve criterium is voor de term 'bezit' de economische eigendom van de aandelen bepalend. Dit betekent dat degene voor wiens rekening en risico de waardeveranderingen van het aandeel zijn, de aandeelhouder is<sup>6</sup>;

<sup>3</sup> Geregistreerde partners worden met echtgenoten gelijkgesteld (art. 2, zesde lid, AWR).

<sup>4</sup> Van Dijk en Meussen zijn trouwens van mening dat met een beroep op art. 2.14, tweede lid, Wet IB 2001 een tijdsgelange toerekening in box 3 mogelijk moet zijn. J.E.A.M. van Dijk en G.T.K. Meussen, *Rangorde in de Wet IB*, Deventer: Kluwer 2003, p. 89-92.

<sup>5</sup> Ruijschop laat met een voorbeeld zien dat een fiscaal geïndiceerde timing van een huwelijk, waardoor een aanmerkelijkbelangpositie ontstaat, een aardige tegemoetkoming van de bruiloftskosten kan opleveren. M.H.C. Ruijschop, Samenlevingsvormen en aanmerkelijk belang, *FTV*, 2003/2, p. 7-8.

<sup>6</sup> Zie o.a. E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen. Het nieuwe regime geëvalueerd*, (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, p. 138; H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting*, Deventer: Kluwer 1998, p. 354; A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 60-61; I.J.F.A. van Vijfeijken, Legaat van aanmerkelijkbelangaandelen; een vervreemding?, *WFR* 1997/6263, p. 1415. Anders J.H. Christiaanse, *Aanmerkelijkbelang*, Deventer: kluwer 1961, p. 35.

ook als een ander juridisch rechthebbende is.<sup>7</sup> Het kwalitatieve aspect gaat echter pas een rol spelen indien de juridische eigendom en het economische belang bij de aandelen berusten bij verschillende subjecten.<sup>8</sup> In die gevallen is degene die het economische belang heeft de aanmerkelijkbelanghouder. Dat een ander het stemrecht heeft, is niet van belang.<sup>9</sup> Een voorbeeld waarin dit speelt, is de certificaathouder (economisch belang) en de Stichting Administratiekantoor (juridisch eigendom). In dat geval is de certificaathouder de aanmerkelijkbelanghouder. Een ander voorbeeld is de zogenoemde stroman (juridisch eigendom) en degene voor wie hij deze aandelen houdt (economisch belang). Deze laatste is in die situatie de aanmerkelijkbelanghouder.

## 7.2.4 Invloed huwelijk en huwelijksgoederenregime

### 7.2.4.1 Algemeen

Of de aandeelhouders al of niet gehuwd zijn, is van wezenlijk belang voor de aanmerkelijkbelangregeling. In de eerste plaats zijn echtgenoten altijd fiscaal partner van elkaar, tenzij het verzoek om echtscheiding is ingediend en de echtgenoten niet meer staan ingeschreven op hetzelfde adres, zodat de samentelbepaling van toepassing is (zie § 7.2.2.2). In de tweede plaats kan het gekozen huwelijksgoederenregime bepalend zijn voor de vraag of één dan wel beide echtelieden een aanmerkelijk belang heeft respectievelijk hebben. Voor echtgenoten die in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, heeft de Hoge Raad in HR 20 juni 1963, BNB 1963/313 bepaald dat in dat geval beide echtgenoten aanmerkelijkbelanghouder zijn; fiscaal worden de aandelen aan beide echtgenoten toegerekend. Dit geldt ook voor de situatie dat de echtgenoten staande het huwelijk een gemeenschap van goederen aangaan. Zie HR 5 november 1958, BNB 1958/345 en HR 25 november 1992, BNB 1993/103. Voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling is niet van belang van wiens zijde de aandelen in de gemeenschap vallen en wie het bestuur over de aandelen heeft. Het vorenstaande geldt naar mijn mening ook als de aandelen behoren tot een beperkte huwelijksgoederengemeenschap.<sup>10</sup> De echtgenoot kan dus op grond van het huwelijksvermogensrecht aanmerkelijkbelanghouder worden. Dit in tegenstelling tot het subjectieve ondernemerschap van art. 3.4 Wet IB 2001 waarbij het huwelijksgoederenregime niet van belang is (zie § 4.3.3).<sup>11</sup> De in gemeenschap van goederen gehuwden krijgen ieder de aandelen voor de helft toegerekend, ongeacht wie het bestuur over de aandelen heeft. Zij genieten dus ook ieder de helft van de vervreemdingsvoordelen (HR 10 maart 2006, *NTFR* 2006/453). Of ditzelfde geldt voor de reguliere voordelen is nog de vraag. Zie hierover uitgebreider Gubbels § 3.7.2. Voor de praktijk is de toerekeningsproblematiek overigens alleen relevant in het geval de echtgenoten geen fiscale partners meer zijn. Voor partners vormt het inkomen uit aanmerkelijk belang immers een gemeenschappelijk inkomensbestanddeel zodat zij samen 100% zullen moeten aangeven ongeacht bij wie het voordeel 'in eerste instantie' opkomt. Een en ander heeft ook tot gevolg dat als een aanmerkelijkbelanghouder in gemeenschap van goederen huwt, hij in beginsel de helft van zijn belang vervreemdt.

#### Voorbeeld

X is 100%-aandeelhouder van bv X. X huwt in gemeenschap van goederen met Y. Het aangaan van een gemeenschap van goederen betekent dat er een vervreemding plaatsvindt van 50% van de aandelen van X aan Y op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001.<sup>12</sup> Art. 4.17 Wet IB 2001 neemt deze vervreemding terug tenzij sfeerovergang optreedt. Belanghebbenden kunnen ook een verzoek om afrekening indienen. Zie art. 4.38 Wet IB 2001.

#### Voorbeeld

X en Y bezitten ieder 50% van de aandelen in bv XY. X en Y huwen in gemeenschap van goederen. Dit heeft fiscaal geen gevolgen, aangezien hun gerechtigdheid 50% is en blijft.

Voor echtgenoten die buiten gemeenschap van goederen zijn gehuwd, geldt het voorgaande niet. De aandelen worden alleen toegerekend aan degene die de volledige gerechtigdheid van de aandelen bezit. Indien een

<sup>7</sup>Hof Den Haag 16 februari 1976, *BNB* 1976/251.

<sup>8</sup>A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 234. Ook Stevens stelt dat ingeval de economische en juridische eigendom uit elkaar lopen de economische eigendom moet prevaleren. L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 508 en p. 517-518.

<sup>9</sup>HR 18 maart 1987, *BNB* 1987/229.

<sup>10</sup>In gelijke zin M.H.C. Ruijschop, Samenlevingsvormen en aanmerkelijk belang, *FTV* 2003/2, p. 5.

<sup>11</sup>Heithuis vraagt zich af of dit verschil onder het huidige aanmerkelijkbelangregime nog moet voortbestaan, omdat het nieuwe aanmerkelijkbelangregime veel meer dan voorheen als een quasi-ondernemersregeling moet worden beschouwd. Is het dan nog wel terecht dat een echtgenoot puur door de werking van een huwelijksgemeenschap aanmerkelijkbelanghouder wordt? E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen, het nieuwe regime geëvalueerd* (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, p. 139-140. In gelijke zin J.W.J. de Kort, Vervreemdingswinst bij duurzaam gescheiden levende echtgenoten, *FTV* 2005/11, p. 19-23 en S.A. Stevens, Verliesverrekening bij ontbinding van het huwelijk, *WFR* 2004/6581 p. 891-902.

<sup>12</sup>In HR 26 juni 1963, *BNB* 1963/313 is geoordeeld dat de aan het huwelijk verbonden boedelmenging geen vervreemding was in de zin van art. 19 Besluit IB 1941.

aanmerkelijkbelanghouder buiten gemeenschap van goederen huwt, heeft dat geen gevolgen voor de aanmerkelijkbelangregeling.<sup>13</sup> Ook als één van de echtelieden staande huwelijk aanmerkelijkbelangaandelen koopt, dan is en blijft hij de enige aanmerkelijkbelanghouder. Het aanwezig zijn van een verrekenbeding brengt hierin geen verandering. Zie hierover uitgebreider § 7.5.3.1. Alleen als de andere echtgenoot zelf ook aandelen in de vennootschap in bezit krijgt, ontstaat voor deze echtgenoot een aanmerkelijk belang.

### Voorbeeld

X is 90%-aandeelhouder van bv X. X huwt buiten gemeenschap van goederen met Y. Het huwelijk brengt geen verandering in de civielrechtelijke eigendomspositie van X. Hierdoor is en blijft hij de enige aanmerkelijkbelanghouder van bv X. De vrouw wordt geen aanmerkelijkbelanghouder op grond van art. 4.6 Wet IB 2001, omdat zij geen aandeel in de vennootschap bezit.<sup>14</sup> Zou de vrouw bijvoorbeeld 2% aandelen bezitten in bv X, dan is zij aanmerkelijkbelanghouder op grond van art. 4.6 Wet IB 2001. Bezit de vrouw 2% koopties in bv X, dan is zij aanmerkelijkbelanghouder op grond van art. 4.10 Wet IB 2001.

Zoals het aangaan van een huwelijk en/of een huwelijksgoederengemeenschap kan leiden tot aanmerkelijkbelanghouderschap en tot een vervreemding, kan het verbreken van het huwelijk en/of de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap betekenen dat het aanmerkelijkbelanghouderschap eindigt en/of dat een vervreemding plaatsvindt. Hierop wordt nader ingegaan in § 7.3 en § 7.4.

### 7.2.4.2 Investeren in aanmerkelijkbelangaandelen van een ander

Als een buiten gemeenschap van goederen gehuwde echtgenoot met toestemming geld van de andere echtgenoot gebruikt om een vermogensbestanddeel te verwerven of een schuld aflost waarmee een goed is aangeschaft, verkrijgt de echtgenoot een ‘vergoedingsvordering’ die is gerelateerd aan de waarde van het aangeschafte goed.<sup>15</sup> De echtgenoot die investeert in het goed van de ander krijgt een ‘aan de waarde van het goed gekoppelde verbintenisrechtelijke aanspraak jegens de subjectief gerechtigde tot de betrokken zaak of het betrokken goed.’<sup>16</sup> De bijdrage van de andere echtgenoot geeft aanspraak op een gedeelte van de uiteindelijke waarde van het goed, evenredig aan het gewicht van de investering.<sup>17</sup> Met andere woorden, de echtgenoot krijgt een economisch belang in het goed waarin hij investeert. Hij deelt zowel in de positieve als in de negatieve waardeontwikkeling van het goed. Anders dan bij de verrekenvordering uit hoofde van het verrekenbeding, ontstaat deze ‘vergoedingsvordering’ zodra het goed wordt aangeschaft. Bovendien is de ‘vergoedingsvordering’ specifiek gekoppeld aan het aangeschafte goed. De echtgenoot heeft in dit geval dus – anders dan bij een vordering uit hoofde van een verrekenbeding – wel het directe economische belang bij het vermogensbestanddeel. Dit economische belang kan volgens Gubbels gevolgen hebben voor de toepassing van de aanmerkelijkbelangregeling, omdat dit economische belang volgens haar leidt tot het aanwezig zijn van een aanmerkelijk belang bij de echtgenoot die de middelen ter beschikking heeft gesteld. Indien wordt geïnvesteerd in een reeds bestaand aanmerkelijk belang bij de andere echtgenoot verschuiven hierdoor rechten van de ene echtgenoot naar de andere en is sprake van een vervreemding. Op deze vervreemding is de doorschuifregeling van art. 4.17 Wet IB 2001 van toepassing; er is sprake van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. Dit is echter niet het geval als de echtgenoot in het kader van de echtscheiding zijn economisch belang vervreemdt aan de andere echtgenoot, omdat geen sprake is van een verdeling van een huwelijksgoederengemeenschap. Naar de mening van Gubbels zou in zo’n geval aanmerkelijkbelangheffing achterwege dienen te blijven.<sup>18</sup> In economische zin is volgens haar immers een gemeenschap ontstaan die hetzelfde zou moeten worden behandeld als een juridische huwelijksgemeenschap. Albert is overigens van mening dat het

<sup>13</sup>Zie ook vraag F.9 van het vraag- en antwoordbesluit inzake het aanmerkelijk belang van 4 april 2001, *NTFR 2001/587*, dat niet meer werd opgenomen in het inmiddels vervallen verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, *NTFR 2006/1736*, omdat het alleen een voorlichtend karakter had.

<sup>14</sup>In gelijke A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 72. Hierdoor is op de vrouw de fictieflootregeling van art. 12a Wet LB 1964 niet van toepassing.

<sup>15</sup>Voor in gemeenschap van goederen gehuwden, waarbij (een van) de echtgenoten over eigen vermogen beschikken (beschikt), regelt art. 1:95 en 1:96, vierde lid, BW iets soortgelijks. Indien het geld wordt gebruikt zonder voorafgaande toestemming heeft de ‘investerende’ echtgenoot recht op een vergoeding van de nominale waarde van het geïnvesteerde bedrag.

<sup>16</sup>Art. 1:87 BW geldt alleen indien partijen niets anders hebben geregeld. Bovendien geldt de ‘economisch belang’- benadering niet indien het geld niet rechtstreeks wordt geïnvesteerd maar wordt geleend aan de andere echtgenoot. Indien met het geld van de andere echtgenoot een lening wordt afgelost waarmee het goed is aangeschaft, geldt de economische belang benadering wel.

<sup>17</sup>Tot 1 januari 2012 gold voor vergoedingsrechten het nominale stelsel, tenzij een nominale vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid naar maatschappelijke normen onaanvaardbaar is (HR 12 juni 1987, *NJ 1988/150* (Kriek/Smit) en Hof ’s-Gravenhage 4 november 1988, *NJ 1989/540*). In het nieuwe art. 1:87 BW wordt voor de omvang van de vergoedingsrechten dus uitgegaan van de beleggingsleer. De beleggingsleer geldt op grond van het overgangsrecht slechts voor vergoedingsrechten die met ingang van 1 januari 2012 ontstaan. Zie voor kritiek Labohm die van mening is dat de huidige wetgeving zal leiden tot uitvoeringsproblemen in de echtscheidingspraktijk. A.N. Labohm, *Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen: een gebrekkige regeling*, *EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2012/1.

<sup>18</sup>N.C.G. Gubbels, *Fiscale aandachtspunten van het nieuwe huwelijksvermogensrecht*, *WPNR 2012/6913*, § 3.5.

ontstaan en de beëindiging van het economische belang geen fiscale gevolgen heeft.<sup>19</sup> Gubbels is met Albert van mening dat deze gevolgen onwenselijk zijn en door de wetgever wellicht niet zijn bedoeld, maar is er niet zeker van dat de hiervoor beschreven fiscale gevolgen zich niet voordoen (zie § ..). Het zou wenselijk zijn als de wetgever of de staatssecretaris van Financiën hierover spoedig duidelijkheid schept.

## 7.3 Einde van het fiscaal partnerschap

### 7.3.1 Ophouden aanmerkelijkbelanghouder te zijn

Het duurzaam gescheiden gaan leven heeft voor de aanmerkelijkbelangheffing met ingang van 1 januari 2011 geen gevolgen. Aangezien de echtgenoten nog steeds elkaars partner zijn, verandert er aan de fiscale positie niets. Dit wordt anders op het moment dat het verzoek tot echtscheiding wordt ingediend en de echtgenoten niet meer op hetzelfde adres staan ingeschreven. Op dat moment zijn zij geen fiscaal partner meer en is de samentelbepaling van art. 4.6 Wet IB 2001 niet meer van toepassing. Dit heeft dus alleen gevolgen indien de echtelieden voor het zijn van aanmerkelijkbelanghouder afhankelijk zijn van elkaar; bijvoorbeeld omdat zij ieder 4% hebben in een vennootschap.<sup>20</sup> Zij zijn in dat geval alleen aanmerkelijkbelanghouder omdat het belang van de partner in de vennootschap op grond van art. 4.6 Wet IB 2001 meetelt. In het voorbeeld waarin ieder van de echtelieden 4% heeft, houden beiden dus op aanmerkelijkbelanghouder te zijn. Dit betekent voor beiden een fictieve vervreemding van de aanmerkelijkbelangaandelen. Zie hierover nader § 7.3.2. Het kan ook gebeuren dat slechts één van de twee echtelieden ophoudt aanmerkelijkbelanghouder te zijn, bijvoorbeeld omdat de ene echtgenoot 6% bezit en de andere 4%. In dat geval is er alleen voor deze laatste echtgenoot sprake van een fictieve vervreemding.

#### Voorbeeld

A en B zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd. A heeft 98% van de aandelen in bv A en B 2%. A heeft op eigen kracht een aanmerkelijk belang en B op grond van zijn partnerschap met A. Art. 4.6 Wet IB 2001 is op beiden van toepassing. Zodra het partnerschap tussen A en B eindigt, heeft B geen aanmerkelijk belang meer.

#### Voorbeeld

A en B zijn buiten gemeenschap van goederen gehuwd. A heeft 10% van de aandelen in bv A en B heeft 4% koopopties. A heeft op eigen kracht een aanmerkelijk belang op grond van art. 4.6 Wet IB 2001. B heeft als gevolg van zijn partnerschap met A een aanmerkelijk belang op grond van de meetregeling van art. 4.10 Wet IB 2001. Zodra A en B geen fiscale partners meer zijn, heeft A nog wel een aanmerkelijk belang, maar B niet meer.

#### Voorbeeld

A bezit 6% van de aandelen in bv X. Nadat hij met B in gemeenschap van goederen is gehuwd, gaat het belang in de vennootschap B voor de helft aan. Zij hebben ieder een belang van 3%. A en B hebben ieder afzonderlijk gezien, geen aanmerkelijk belang, maar samen met hun partner wel. Zodra A en B ophouden partner te zijn vervalt de samentelbepaling van art. 4.6 Wet IB 2001. A en B hebben fiscaal gezien ieder nog steeds 3% op grond van de huwelijksgoederengemeenschap. Het is dus niet zo dat het belang van B door de beëindiging van het partnerschap weer bij A in aanmerking moet worden genomen. Beiden houden op aanmerkelijkbelanghouder te zijn. Uiteraard heeft het einde van het fiscale partnerschap geen gevolgen voor de huwelijksgoederengemeenschap. Deze blijft in stand. Wel is het zo dat zodra een verzoek om echtscheiding wordt ingediend sprake is van een ontbonden huwelijksgoederengemeenschap.

### 7.3.2 Fictieve vervreemding

#### 7.3.2.1 Subjectief voordeel

Het ophouden aanmerkelijkbelanghouder te zijn, impliceert een fictieve vervreemding van de aandelen op grond van art. 4.16, eerste lid, onderdeel g, Wet IB 2001. Deze fictieve vervreemding past binnen het subjectieve inkomensbegrip van de aanmerkelijkbelangregeling. Dit subjectieve inkomensbegrip houdt in dat de voordelen moeten worden bepaald vanuit het subject.<sup>21</sup> Om uiteindelijk het volledige voordeel van een subject te belasten, volgt eindafrekening op het moment dat de aanmerkelijkbelangpositie verloren gaat. De aanmerkelijkbelanghouder moet

<sup>19</sup> G.H. Albert, De invloed van art. 1:87 BW (vergoedingsvorderingen tussen echtgenoten) op tbs-resultaat en ab-inkomen, *WFR* 2012/678.

<sup>20</sup> Heithuis stelt dat deze problematiek weliswaar is beperkt tot uitzonderlijke situaties, maar zich zeker voor zal doen bij een extreme spreiding van aandelen in een vennootschap over meerdere familietakken. E.J.W. Heithuis, De duurzaam gescheiden levende echtgenoot in het aanmerkelijk belang en de terbeschikkingstellingsregelingen, *FTV* 2001/4, p. 17.

<sup>21</sup> Rijkers brengt hierop enige nuancering aan. Hij stelt dat bijvoorbeeld dividend een inkomst uit de aandelen is welke belast is bij de aanmerkelijkbelanghouder. Een toets of de dividenden subjectief gezien ook een voordeel zijn, blijft achterwege. Echter bij latere vervreemding zal de som van het reguliere voordeel en het vervreemdingsvoordeel wel overeenkomen met het subjectieve voordeel. A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 45 en 46.

dan afrekenen over de waarde in het economische verkeer van de aandelen minus zijn verkrijgingsprijs. Hieruit kan een winst (§ 7.3.2.2) of een verlies (§ 7.3.2.3) uit aanmerkelijk belang ontstaan.

### 7.3.2.2 Winst uit aanmerkelijk belang

Een positief voordeel is belast tegen 25%. Aangezien de aanmerkelijkbelanghouder bij een fictieve vervreemding geen liquide middelen ontvangt, kunnen er liquiditeitsproblemen ontstaan. Om deze problemen te voorkomen, heeft de wetgever in art. 4.40 Wet IB 2001 een doorschuifregeling in de Wet IB 2001 opgenomen. Op verzoek kan afrekening achterwege blijven. In dat geval gaan de aandelen tot een fictief aanmerkelijk belang behoren, zodat zij in box 2 belast blijven. Binnen box 2 is een fictief aanmerkelijk belang bijna gelijkwaardig aan een echt aanmerkelijk belang. Zowel de vervreemdingsvoordelen als de reguliere voordelen zijn integraal belast tegen 25%. Verder is ook de meesleepregeling van art. 4.9 Wet IB 2001 van toepassing en kan bij een schenking of vererving van een fictief aanmerkelijk belang gebruik worden gemaakt van de doorschuifregelingen.<sup>22</sup> Ook de meetrekregeling van art. 4.10 Wet IB 2001 lijkt op grond van de letterlijke tekst van toepassing. Rijkers meent dat dit laatste gevolg naar doel en strekking van de wet veel te ver gaat. De gedachte van een samenwerkende groep rondom een fictieve aanmerkelijkbelanghouder laat zich inderdaad niet eenvoudig denken.<sup>23</sup> Deze laatste visie is inmiddels bevestigd in HR 25 september 2009, *NTFR* 2009/2103. Een fictief aanmerkelijkbelanghouder kan dus niet zelf iemand het aanmerkelijk belang intrekken. Verder bestaat er verschil in fiscale behandeling met het sterk met de aanmerkelijkbelangregeling gelieerde leerstuk van de terbeschikkingstellingsregeling. Deze regeling is op grond van art. 3.92 Wet IB 2001 niet van toepassing in geval van een fictief aanmerkelijk belang.

De fictief aanmerkelijkbelanghouder kan op elk gewenst moment op verzoek afrekenen over zijn aanmerkelijkbelangclaim. Dit geldt ook indien sprake is van een verlies uit aanmerkelijk belang, ondanks het feit dat het belang bij de aandelen feitelijk behouden blijft. Zie art. 4.16, derde lid, Wet IB 2001 jo. art. 4.24, derde lid, Wet IB 2001. Art. 4.16, derde lid, Wet IB 2001 is op advies van de Raad van State opgenomen in de Wet IB 2001. Stevens acht het juist dat in de situatie dat het subject het aanmerkelijkbelangregime verlaat, verliesneming kan volgen. Bovendien komt dit de geloofwaardigheid van de antimisbruikregel ten goede.<sup>24</sup> De fictieve aanmerkelijkbelanghouder kan dus zelf kiezen op welk moment hij wil afrekenen. Het afrekeningsmoment kan echter niet eerder plaatsvinden dan op de datum van ontvangst van het afrekeningsverzoek door de inspecteur. Zie art. 4.46, zevende lid, Wet IB 2001. Zodra is afgerekend in box 2 behoren de aandelen tot box 3.

### 7.3.2.3 Verlies uit aanmerkelijk belang

De fictieve vervreemding kan ook leiden tot een verlies uit aanmerkelijk belang. Dit doet zich voor als de waarde in het economische verkeer ten tijde van het verbreken van het fiscaal partnerschap lager is dan de verkrijgingsprijs. De vraag komt op of art. 4.24, eerste lid, Wet IB 2001 het nemen van het verlies tegenhoudt aangezien het belang bij de aandelen behouden blijft. Het negatieve vervreemdingsvoordeel kan echter niet worden gevoegd bij een verkrijgingsprijs, aangezien die er niet is. De echtgenoot houdt immers juist op aanmerkelijkbelanghouder te zijn en heeft diens gevolge ook geen verkrijgingsprijs meer. Bovendien zou de toepassing van art. 4.24, eerste lid, Wet IB 2001 weinig effect sorteren, aangezien de alsdan bestaande fictieve aanmerkelijkbelanghouder op grond van art. 4.16, derde lid, Wet IB 2001 op ieder gewenst moment een afrekeningsverzoek kan indienen.<sup>25</sup>

De belastingplichtige kan het verlies uit aanmerkelijk belang één jaar terugwentelen en negen jaar vooruit verrekenen binnen box 2.<sup>26</sup> Indien de belastingplichtige niet uit andere hoofde aanmerkelijkbelanghouder is, en dat ook niet wordt in het jaar volgend op het verliesjaar, kan het verlies worden omgezet in een betalingskorting.<sup>27</sup> Deze betalingskorting bedraagt 25% van het geleden verlies en kan worden verrekend met de te betalen inkomstenbelasting van box 1. Verrekening met de belasting over box 3-inkomen is niet mogelijk.<sup>28</sup> Vergelijk art. 2.11a en 4.53 Wet IB 2001. De betalingskorting kan de toepassing van de heffingskorting frustreren. Uit de wet blijkt dat eerst de betalingskorting moet worden toegepast en daarna pas de heffingskorting. Indien na de betalingskorting geen te betalen inkomstenbelasting meer overblijft, verliest de belastingplichtige aanspraak op de heffingskorting.<sup>29</sup> Dit is alleen anders ingeval de belastingplichtige nog een partner heeft en deze partner voldoende ruimte heeft in zijn te betalen belastingen premies volksverzekeringen. Zie uitgebreider § 3.12.

<sup>22</sup> Mits uiteraard aan de overige voorwaarden van art. 4.17a respectievelijk art. 4.147c Wet IB 2001 is voldaan.

<sup>23</sup> Rijkers gebruikt het woord irreëel, A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 373. Zie voor kritiek ook L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 516-517.

<sup>24</sup> L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 546.

<sup>25</sup> In gelijke zin A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 384.

<sup>26</sup> Art. 4.49 Wet IB 2001.

<sup>27</sup> Art. 4.53 Wet IB 2001.

<sup>28</sup> Zie voor kritiek hierop E.J.W. Heithuis, Het inkomen uit aanmerkelijk belang van box 2 na de Veegwet, *WFR* 2000/6409, p. 1621.

<sup>29</sup> Zie ook onderdeel 7.1 van het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *NTFR* 2012/2189.

### 7.3.2.4 Gemeenschappelijk inkomensbestanddeel

Echtgenoten die in gemeenschap van goederen gehuwd zijn, krijgen fiscaal ieder de aandelen voor de helft toegerekend, ongeacht wie het bestuur over de aandelen heeft. Zij genieten dus ook ieder de helft van de vervreemdingsvoordelen (HR 10 maart 2006, *NTFR* 2006/453). Of ditzelfde geldt voor de reguliere voordelen is nog de vraag. Zie hierover uitgebreider Gubbels § 3.7.2. Voor de praktijk is de toerekeningsproblematiek overigens alleen relevant in het geval de echtgenoten geen fiscaal partner meer zijn. Voor partners vormt het inkomen uit aanmerkelijk belang immers sinds jaar en dag een gemeenschappelijk inkomensbestanddeel zodat zij samen 100% zullen moeten aangeven ongeacht bij wie het voordeel 'in eerste instantie' opkomt. Hiervoor bestaat eigenlijk sinds de grootscheepse wijziging van het aanmerkelijkbelangregime in 1997 geen goede reden meer. Vanaf dat moment heeft de aanmerkelijkbelangregeling immers een ondernemingsachtig karakter en winst uit onderneming is een persoonlijke inkomst. Het zou daarom meer in de rede liggen om het inkomen uit aanmerkelijk belang ook te verzelfstandigen.<sup>30</sup> Onder de Wet IB 2001 heeft de toerekening wel een meer individualistisch karakter gekregen dan onder de Wet IB 1964.<sup>31</sup> In de laatstgenoemde wet werd het inkomen toegerekend aan degene met het hoogste persoonlijk inkomen. Onder de Wet IB 2001 daarentegen komt het inkomen eerst op bij degene die tot de aandelen is gerechtigd en vervolgens kunnen fiscale partners het inkomen uit aanmerkelijk belang willekeurig tussen hen verdelen, mits zij in totaal 100% aangeven (zie § 3.5). Nadat eenmaal is toegerekend, blijft het inkomensbestanddeel de betrokken partner aangaan. Indien een verlies uit aanmerkelijk belang van A wordt toegerekend aan zijn fiscale partner B, is dat verlies vanaf dat moment dus een verlies van B. Alleen in geval van beëindiging van het huwelijk door overlijden, bestaat een uitzondering op deze regel. In dat geval kan het verlies dat is toegerekend aan de ene partner, maar dat nog niet is verrekend, worden toegerekend aan de andere partner, mits beiden binnenlands belastingplichtig zijn op het moment van overlijden. Zie art. 4.49, vierde lid, Wet IB 2001. Art. 4.53, vijfde lid, Wet IB 2001 geeft een soortgelijke regeling ten aanzien van de betalingskorting.<sup>32</sup> Indien de echtelieden geen partner meer zijn, kunnen zij in het jaar waarin het partnerschap wordt beëindigd nog gebruikmaken van de vrije toerekening en wel op grond van art. 2.17, zevende lid, Wet IB 2001. Uitdrukkelijk zij vermeld dat deze keuze voor partnerschap geen gevolgen heeft voor de inkomens kwalificatie. De keuze roept dus niet de samentelbepaling in het leven. Voor de *inkomens kwalificatie* blijven de echtgenoten niet-partners afzonderlijke individuen. Zie over de inkomens toerekening en het verzoek van art. 2.17, zevende lid, Wet IB 2001 uitgebreider hoofdstuk 3.

## 7.4 Verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap

### 7.4.1 Enkele civielrechtelijke aspecten

Echtscheiding of scheiding van tafel en bed betekent het einde van het huwelijk. Zie art. 1:149 BW. Onder het oude huwelijksvermogensrecht werd de huwelijksgemeenschap pas ontbonden op het tijdstip van inschrijving van de in kracht van gewijsde zijnde echtscheidingsbeschikking in de registers van de burgerlijke stand. Op grond van art. 1:99, eerste lid, onderdeel b, BW is met ingang van 1 januari 2012 het tijdstip van ontbinding van de huwelijksgemeenschap vervroegd naar het tijdstip van indienen van het echtscheidingsverzoek of het verzoek tot scheiding van tafel en bed bij de rechtbank.<sup>33</sup> De ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap heeft tot gevolg dat de huwelijksgemeenschap vatbaar is voor verdeling. Op grond van art. 1:100 BW hebben beide echtgenoten een gelijk aandeel in de ontbonden gemeenschap. Veelal zullen bij een ontbinding van het huwelijk problemen ontstaan bij de verdeling van de goederen; niet alleen ten aanzien van de vraag wie welke goederen krijgt, maar ook ten aanzien van de vraag welke waarde de goederen hebben. De civielrechtelijke verdeling en waardebepaling worden beide beheerst door de redelijkheid en de billijkheid. Hierdoor kan bijvoorbeeld degene die gedurende het huwelijk feitelijk de overwegende zeggenschap in de bv uitoefende van de ander verlangen dat hij alle aandelen krijgt toegedeeld.<sup>34</sup> Verder kan de prijs van de aanmerkelijkbelangaandelen mede afhankelijk zijn van de financierbaarheid van de overbedelingsschuld bij de overnemer.<sup>35</sup> Ook allerlei andere subjectieve factoren kunnen meewegen, zoals:<sup>36</sup>

<sup>30</sup>A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 46-47, 73-74; L.G.M. Stevens, Boxoverschrijdende beschouwingen Wet inkomstenbelasting 2001, *WFR* 2001/ 6456, p. 1583.

<sup>31</sup>A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 374-375.

<sup>32</sup>Zie hierover uitgebreider S.A. Stevens, Verliesverrekening bij ontbinding van het huwelijk, *WFR* 2004/6581, p. 891-902.

<sup>33</sup>Zie voor een overzicht van de wijzigingen in het huwelijksvermogensrecht nader A. Heida, Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen, *EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2011/52.

<sup>34</sup>M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 332-333. Zie bijvoorbeeld HR 13 maart 1953, *NJ* 1953, 569 en HR 1 juni 1984, *NJ* 1985, 351.

<sup>35</sup>R.M. Kavelaars-Niekoop en A.N. Labohm, Familierecht en de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling, *WFR* 1997/6255, p. 1077 en de daar in noot 12 vermelde literatuur. Overigens spreken de auteurs van financierbaarheid van de overbedelingsvordering, maar bedoeld zal zijn de overbedelingsschuld. Zie ook HR 2 maart 2001, *RvdW* 2001, 60 ten aanzien van de verrekening bij het einde van het huwelijk ingeval een periodiek verrekenbeding niet was nagekomen.



1. of de vrouw heeft meegewerkt in de onderneming;
2. of de werkzaamheden van de vrouw meer zijn geweest dan de normale hulp en bijstand in de zin van art. 1:81 BW;
3. of de vrouw haar carrière heeft beëindigd ten behoeve van het wel en wee van de onderneming;
4. de duur van het huwelijk;
5. de verdien capaciteit van de vrouw op het moment van de echtscheiding;
6. de vraag of er sprake is van een levensvatbaar bedrijf;
7. wat het inkomen van de ex-echtgenote is indien de onderneming wordt verkocht, c.q. de aandelen worden verkocht.

Indien partijen kiezen voor doorschuiven, zal de latente inkomstenbelastingclaim invloed hebben op de waardebeoordeling van de aandelen. De SW 1956 hanteert daarvoor een claim van 6,25%.<sup>37</sup> Nog afgezien van de kritiek die in de fiscale literatuur is gegeven op deze 6,25%,<sup>38</sup> is het percentage niet maatgevend voor het civiele recht.<sup>39</sup> Ook kan degene die wordt overbedeeld, aanspraak maken op een betalingsregeling waarbij een redelijke rente is verschuldigd.<sup>40</sup>

## 7.4.2 Verdeling kan een vervreemding inhouden

Als de echtelieden in gemeenschap van goederen zijn gehuwd, zijn zij beiden aanmerkelijkbelanghouder ieder voor de helft van het totale aandeel. Het verzoek tot echtscheiding leidt tot een ontbonden gemeenschap. Beide echtgenoten hebben een gelijk aandeel in deze ontbonden gemeenschap hebben.<sup>41</sup> Wat voordien door de huwelijksgemeenschap gebonden gemeenschappelijk vermogen was, wordt vrije mede-eigendom, maar de gerechtigdheid daartoe van de echtgenoten of ex-echtgenoten verandert niet.<sup>42</sup> Dit betekent dat de ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap geen gevolgen met zich meebrengt, behoudens dan de situatie dat de echtgenoten vanwege de samentelbepaling een aanmerkelijk belang hebben. In dit laatste geval is de samentelbepaling niet meer van toepassing indien de echtgenoten door de indiening van het echtscheidingsverzoek geen fiscale partners meer zijn.<sup>43</sup> De fiscale gevolgen daarvan zijn besproken in § 7.3.

Bij de verdeling van de ontbonden huwelijksgoederengemeenschap kan er een vervreemding plaatsvinden, maar dat hoeft niet. Indien de ex-echtgenoten de huwelijksgoederengemeenschap verdelen overeenkomstig hun gerechtigdheid tot de huwelijksgoederengemeenschap, heeft de verdeling geen fiscale gevolgen. Er vindt geen vervreemding plaats, omdat er geen rechten verschuiven. Indien de verdeling zo plaatsvindt dat de ene aanmerkelijkbelanghouder meer aandelen krijgt toegedeeld dan waartoe hij op grond van de huwelijksgoederengemeenschap was gerechtigd, is sprake van een vervreemding.

### Voorbeeld

X en Y zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. Tot de gemeenschap behoren alle aandelen in bv XY. Op 1 mei verlaat X de echtelijke woning en wordt het echtscheidingsverzoek ingediend. Dit leidt niet tot een vervreemding, aangezien X en Y ieder voor 50% gerechtigd blijven tot de aanmerkelijkbelangaandelen zolang de huwelijksgoederengemeenschap bestaat. Hoewel het huwelijk van X en Y op de klippen is gelopen, kunnen zij het zakelijk nog goed met elkaar vinden, zodat zij besluiten de huwelijksgoederengemeenschap zo te verdelen dat 50% van de aandelen aan X toekomen en de andere 50% aan Y. Deze verdeling is ook geen vervreemding, omdat de gerechtigdheid tot het aanmerkelijk belang van ieder nog steeds 50% is.

### Voorbeeld

Uitgangspunt is dezelfde situatie als het vorige voorbeeld, alleen nu wensen de echtelieden de zakelijke samenwerking ook te beëindigen. X zal alleen verdergaan met het bedrijf. Bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap worden alle aandelen aan X toegedeeld. Deze verdeling betekent een vervreemding van Y aan X. Zie hierover nader § 7.4.3 en 7.4.4.

<sup>36</sup>Opsomming ontleend aan R.M. Kavelaars-Niekoop en A.M. Labohm, *Familierecht en de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling*, WFR 1997/6255, p. 1081 e.v.

<sup>37</sup> Art. 20, zesde lid, onderdeel d, SW 1956.

<sup>38</sup>Met name Blokland heeft zich diverse malen kritisch uitgelaten over het percentage van 6,25. Naar zijn mening zou het percentage nominaal moeten zijn. T. Blokland, Enkele aspecten van belastinglatenties, WFR 1991/ 5983, p. 1547, Inzake belastinglatenties, WFR 1998/6303, p. 1143 e.v. en Inzake belastinglatenties en de SW 1956, WFR 2002/6480, p. 640. Zie ook A.G.A. van Wijk, Beter ten halve gekeerd, dan ten hele gedwaald, WFR 1997/6242, p. 597 e.v. In andere zin M.H.M. van Oers, Latente belastingsschulden bij een nalatenschap: contant of nominaal?, FTV 2003/11.

<sup>39</sup>Hof Amsterdam 29 augustus 1988, BNB 1989/292. Boringa en Lankaster zijn met betrekking tot box 2-aandelen van mening dat bij vermogensverdelingen en -verrekeningen altijd moet worden gerekend met het nominale belastingpercentage. T.C.E. Boringa en E.R. Lankaster, Belastinglatenties: nominaal of contant maken?, EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht, 2009/11.

<sup>40</sup> Art. 1:145 en art. 3:185, derde lid, BW.

<sup>41</sup> Art. 1:100 BW.

<sup>42</sup>Zie J. van Soest, *Vervreemding als belastbaar feit; in het bijzonder in de inkomstenbelasting*, praeadvies broederschap Candidaat-notarissen, 1971, p. 41.

<sup>43</sup> Het fiscale partnerschap wordt beëindigd indien naast de indiening van het verzoek tot echtscheiding de echtgenoten niet meer op hetzelfde adres staan ingeschreven.

## 7.4.3 Doorschuifregeling

### 7.4.3.1 Inleiding

Evenals bij het aangaan van een huwelijksgoederengemeenschap het geval is, bestaat er ook bij een verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap een doorschuifregeling. Art. 4.17 Wet IB 2001 neemt bij een verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap de vervreemding terug als

1. de verdeling binnen twee jaar na het ontbinden van de huwelijksgoederengemeenschap heeft plaatsgevonden (§ 7.4.3.2);<sup>44</sup> en er
2. geen sprake is van sfeerovergang (§ 7.4.3.3).

In een dergelijk geval geldt als verkrijgingsprijs de oude verkrijgingsprijs van de ex-echtgenoot. Partijen kunnen kiezen voor afrekening op grond van art. 4.38, eerste lid, Wet IB 2001 (§ 7.4.3.4).

### 7.4.3.2 Verdeling binnen twee jaar

Om gebruik te kunnen maken van de doorschuifregeling van art. 4.17 Wet IB 2001 moet de verdeling binnen twee jaar na ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap hebben plaatsgevonden. De ontbinding van de huwelijksgemeenschap vindt plaats op het moment dat het verzoek tot echtscheiding is ingediend. Onder bijzondere omstandigheden is een redelijke verlenging van de tweejaarstermijn mogelijk, mits het verzoek daartoe binnen de tweejaarstermijn is ingediend. Hierbij denkt de staatssecretaris met name aan situaties waarin sprake is van overmacht. Voorbeelden daarvan zouden wellicht kunnen zijn een ernstige ziekte van de belastingadviseur of als er bijvoorbeeld brand is uitgebroken bij de adviseur. Als de vertraging is veroorzaakt door de Belastingdienst, wordt een verzoek om termijnverlenging sowieso gehonoreerd.<sup>45</sup> Hierbij kan worden gedacht aan de situatie waarin het standpunt van de Belastingdienst inzake de waardebepaling van de aandelen op zich laat wachten, terwijl de erfgenamen de keuze voor doorschuiven of afrekenen juist van die waarde laten afhangen.

Aan de tweejaarstermijn is ook voldaan als binnen deze termijn de aanmerkelijkbelangaandelen zijn verdeeld, terwijl de rest van de huwelijksgoederengemeenschap voorlopig nog onverdeeld blijft (de zogenoemde partiële verdeling).

Zie onderdeel 5.3 van laatstelijk het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr.

BLKB2012/101M, *NTFR* 2012/2189. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie waarin de echtgenoten wel al overeenstemming hebben over de verdeling van de aanmerkelijkbelangaandelen, maar nog niet over de overige vermogensbestanddelen van de huwelijksgoederengemeenschap, zoals de onroerende zaak. Het is dus geen probleem dat zij ter voorkoming van het verlies van de doorschuifregeling de aandelen eerst verdelen en wachten met de rest.

Art. 3:182 BW en 3:186, tweede lid, BW maken deze zogenoemde opvolgende verdeling civielrechtelijk mogelijk en er bestaat geen reden om daar fiscaalrechtelijk van af te wijken.<sup>46</sup> Wel moeten de aandelen daadwerkelijk zijn verdeeld. Onvoldoende is dat er alleen nog maar overeenstemming is over de verdeling.

Zie over het aangaan van een beperkte huwelijksgoederengemeenschap vlak voor de echtscheiding ter verkrijging van de doorschuifregeling § 7.5.3.2.

### 7.4.3.3 Sfeerovergang

De verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap binnen twee jaar na ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap wordt niet als een vervreemding aangemerkt indien de uiteindelijke verkrijger binnenlands belastingplichtig is en hij de aanmerkelijkbelangaandelen niet tot zijn ondernemingsvermogen rekent of tot het resultaat van een werkzaamheid van hem gaan behoren.<sup>47</sup> Deze laatste sfeerovergangen zullen zich naar mijn mening in de praktijk weinig tot nooit voordoen.<sup>48</sup> De eerste sfeerovergang, de toedeling van de aandelen aan een ex-

<sup>44</sup> Deze bepaling is niet van toepassing indien de ontbinding van het huwelijk het gevolg is van het overlijden van een van de echtgenoten. In dat geval is de doorschuifregeling alleen van toepassing voorzover sprake is van een bedrijfsopvolging (art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001).

<sup>45</sup> Onderdeel 4.10 van laatstelijk het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *NTFR* 2012/2189.

<sup>46</sup> De 'tweede' verdeling van de onroerende zaak is ook geen probleem voor de overdrachtsbelasting, tenzij uit de feiten blijkt dat de eerste verdeling het einde van de gemeenschap betekent. Zie Hof Den Bosch 27 december 2002, *V-N* 2003/9.3.12. dat art. 3, onderdeel b, Wet BRV 1970 niet van toepassing acht omdat partijen bij de eerste verdeling hadden verklaard dat de nalatenschap was verdeeld en bovendien omdat in de eerste akte van verdeling tussen de deelgenoten een voorkeursrecht was overeengekomen. Deze feitelijke vaststelling was in cassatie niet in geding. De Hoge Raad bevestigde dan ook het oordeel van het hof; nu geen sprake meer was van een nalatenschap is de vrijstelling niet van toepassing (HR 16 september 2005, BNB 2005/368). Hof Arnhem besliste op 1 juli 1998, *V-N* 1999/19.25 overigens in andere zin, ondanks het feit dat in die casus de erfgenamen bij de eerste verdeling ook hadden verklaard dat de nalatenschap was verdeeld. Zie hierover B.M.E.M. Schols, Arnhem of Den Bosch, Welke leer volgen wij op over de "opvolgende verdeling", *FTV* 2003/4, p. 29-31. In zijn preadvies geeft hij overigens aan er inmiddels 'voor 90%' van overtuigd te zijn dat een bepaald goed uit de nalatenschap niet deels verdeeld kan zijn (voor i.c. het afgeven vruchtgebruik van het pand aan de langstlevende) en deels onverdeeld (voor de blote eigendom van het pand bij de kinderen). B.M.E.M. Schols, 'De verdeling en de overdrachtsbelasting', in: M.J.A. van Mourik (red), *Verdeling in de notariële praktijk*, Den Haag: SDU 2012, p. 92.

<sup>47</sup> Deze laatste sfeerovergang is toegevoegd bij Veegwet II, Kamerstukken II 2000/2001, 27 746, nr. 2.

<sup>48</sup> Zie ook Van Dijk ten aanzien van sfeerovergang bij vererving. Hij acht de bepaling overbodig omdat hij zich niet kan voorstellen dat een erfgenaam in zijn hoedanigheid van ondernemer aanmerkelijkbelangaandelen erft. J.E.A.M. van Dijk, De voorgestelde nieuwe

echtgenoot die ten tijde van de verdeling in het buitenland woont, kan echter wel voorkomen. In dat geval neemt art. 4.17 Wet IB 2001 de fictieve vervreemding niet terug omdat in belastingverdragen het heffingsrecht veelal aan de woonstaat is toegewezen en Nederland door de toedeling van de aandelen aan de ex-echtgenoot in het buitenland een claim dreigt kwijt te raken. De in Nederland woonachtige ex-echtgenoot vervreemdt dus zijn aandelen en zal moeten afrekenen. Hij of zij krijgt een conserverende aanslag opgelegd waarvoor de ontvanger onder voorwaarden uitstel verleent. Zie art. 25, achtste lid, IW 1990.<sup>49</sup> In eerste aanleg duurt het uitstel tien jaar. Voor het bedrag dat na deze tien jaar nog openstaat, verleent de ontvanger kwijtschelding op grond van art. 26, derde lid, onderdeel c, IW 1990. Vindt er in deze tien jaar een gehele of gedeeltelijke vervreemding van de aandelen plaats, dan trekt de ontvanger het uitstel geheel respectievelijk gedeeltelijk in. Het uitstel eindigt ook in de gevallen waarin de vennootschap haar onderneming geheel of nagenoeg geheel heeft gestaakt en haar reserves geheel of nagenoeg geheel heeft uitgekeerd. Voor de handhaving van het uitstel en de daaraan verbonden kwijtschelding na tien jaar, is de in Nederland wonende ex-echtgenoot dus afhankelijk van het doen en laten van de persoon waar hij of zij nou juist van is gescheiden. Gegeven de scheiding zal dit in veel gevallen geen prettig vooruitzicht zijn. Bovendien zijn de ex-echtgenoten gedurende deze periode financieel nog aan elkaar verbonden. Echter, als de in het buitenland wonende ex-echtgenoot zich wel aan de regels houdt, dan heeft de conserverende aanslag het karakter van een objectieve vrijstelling; immers na tien jaar vervalt de claim.<sup>50</sup> Bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap zal in verband met de waardebepaling in een voorkomend geval dan ook de kans moeten worden ingeschat dat de inkomstenbelasting uiteindelijk zal worden kwijtgescholden of juist niet. Verder kunnen partijen onderling afspraken maken over de verrekening van de alsnog te betalen inkomstenbelasting voor het geval het uitstel binnen de tien jaar toch wordt ingetrokken.

De heffing als gevolg van de toedeling van de aanmerkelijkbelangaandelen aan de ex-echtgenoot in het buitenland is waarschijnlijk niet in strijd met het EU-recht nu de zekerheidstelling niet langer is vereist en Nederland bovendien bij een vervreemding van de aandelen binnen de gewraakte tien jaar rekening houdt met een eventuele waardevermindering die na de emigratie heeft plaatsgevonden; zie art. 26, vijfde lid, IW 1990.<sup>51</sup>

#### 7.4.3.4 Afrekenen op verzoek

Partijen kunnen kiezen voor afrekening. De ex-echtgenoten moeten gezamenlijk het verzoek tot afrekenen indienen bij het doen van de aangifte. Zie art. 4.38 Wet IB 2001. In dat geval moet de vervreemdende ex-echtgenoot afrekenen over de waarde in het economische verkeer van de aandelen minus zijn of haar verkrijgingsprijs. De verkrijgingsprijs van de ex-echtgenoot die de aandelen krijgt toegedeeld, bedraagt vervolgens de waarde in het economische verkeer. Of partijen kiezen voor afrekening hangt af van de omstandigheden van het geval. Zij zouden hier bijvoorbeeld voor kunnen kiezen als de vervreemding leidt tot een verlies uit aanmerkelijk belang of als een winst kan worden afgezet tegen nog te verrekenen verliezen.<sup>52</sup>

Verder kan het zich voordoen dat partijen het niet eens kunnen worden over de hoogte van de latente inkomstenbelastingclaim of dat zij geen overeenstemming bereiken omtrent de eventuele invordering van een conserverende aanslag. Indien de ex-echtgenoten kiezen voor afrekening kunnen zij geen gebruikmaken van enige uitstel- of kwijtscheldingsfaciliteit. Dit is te rechtvaardigen vanuit de omstandigheid dat het afrekenen een vrije keuze is van de belastingplichtige.

### 7.4.4 Mogelijke gevolgen bedrijfsopvolgingsfaciliteiten

De situatie kan zich voordoen dat de aandelen krachtens erfrecht of schenking zijn verkregen en dat de verkrijger daarvoor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten uit de SW 1956 heeft verkregen. De faciliteiten uit de SW 1956 bestaan grofweg gezegd uit het volgende:

1. een gedifferentieerde vrijstelling van 100%/83% van de waarde van de onderneming in de bv; en

---

aanmerkelijkbelangregeling, *WFR* 1996/6206, p. 1.000. In gelijke zin A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 217.

<sup>49</sup> Van deze situatie moet worden onderscheiden de situatie waarin de ex-echtgenoot eerst ná de toedeling van alle aandelen emigreert. In dat geval is de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap een fictieve vervreemding in de zin van art. 4.16, eerste lid, onderdeel e, Wet IB 2001. Art. 4.17 Wet IB 2001 neemt deze fictieve vervreemding terug. Vervolgens betekent de emigratie weer een fictieve vervreemding, maar nu van de emigrerende echtgenoot zelf. Zie art. 4.16, eerste lid, onderdeel h, Wet IB 2001. Het is in dat geval de emigrerende echtgenoot die zelf een conserverende aanslag krijgt opgelegd, mits hij aan de voorwaarden voldoet. Zie art. 25, achtste lid jo. art. 26, derde lid, IW 1990.

<sup>50</sup> In de literatuur is hier de nodige kritiek op geleverd, omdat de kwijtschelding niet in overeenstemming is met het draagkrachtbeginsel en de (latente) aanmerkelijkbelangheffing in binnenlandse verhoudingen gewoon blijft bestaan. Het EU-recht dwingt ook niet tot deze kwijtschelding aangezien op grond van het territorialiteitsbeginsel de heffing juist aan Nederland toebehoort. Zie uitgebreider M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, (diss. Tilburg University) Den Haag: SDU 2011, § 7.4.2 en de aldaar vermelde literatuur.

<sup>51</sup> Naar aanleiding van het arrest van HvJ EG, 11 maart 2004, De Lasteyrie du Saillant, *NTFR* 2004/397 heeft de staatssecretaris van Financiën in zijn brief van 13 april 2004 in antwoord op vragen van een lid van de Tweede Kamer het standpunt ingenomen dat de voorwaarde van zekerheidstelling voor verkrijging van uitstel van betaling niet langer kon worden gehandhaafd. Op 7 september 2006, nr. C-470/04, Zaak N, *NTFR* 2006/1288 heeft het Hof van Justitie EG geoordeeld dat de zekerheidsstelling een belemmering vormt in het vrije verkeer.

<sup>52</sup> Zie ook T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 213-214.

2. een tien jaar durende rentedragende uitstelregeling voor de schenk- en erfbelasting die na toepassing van de vrijstelling nog verschuldigd is over de waarde van de onderneming in de bv.

De faciliteiten worden slechts voorwaardelijk verleend. Om de vrijstelling definitief deelachtig te worden, mag de verkrijger kort gezegd de verkregen aandelen gedurende vijf jaar niet vervreemden (art. 35e, lid 1, onderdeel c, sub 1 en 2, SW 1956).<sup>53</sup>

Indien de aandelen met een uitsluitingsclausule als bedoeld in art. 1:94, lid 1, BW zijn verkregen, behoren de aandelen niet tot de huwelijksgoederengemeenschap en heeft het einde van het fiscale partnerschap, noch de echtscheiding, noch de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap gevolgen voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Indien de aandelen echter zonder uitsluitingsclausule zijn verkregen, zou het einde van het fiscale partnerschap of de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap wel gevolgen kunnen hebben voor de faciliteiten, omdat sprake is van een (fictieve) vervreemding. Zoals in § 7.3 is aangegeven, kan het het einde van het fiscale partnerschap een fictieve vervreemding tot gevolg hebben, namelijk als de partners bijvoorbeeld samen 8% hadden. Doordat zij niet langer elkaar fiscale partners zijn, worden hun belangen niet langer bij elkaar opgeteld, waardoor zij ieder een belang van 4% bezitten. Daarmee houden zij allebei op aanmerkelijkbelanghouder te zijn. De daaruitvloeiende fictieve vervreemding (art. 4.16, lid 1, onderdeel g, Wet IB 2001) is echter geen vervreemding voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten, ook niet als de aandelen tot het box 3-vermogen gaan behoren omdat ervoor wordt gekozen om geen gebruik te maken van de doorschuifregeling van art. 4.40 Wet IB 2001. Zie art. 35e, derde lid, SW 1956 waar het ophouden aanmerkelijkbelanghouder te zijn niet als vervreemding voor de faciliteiten is aangemerkt. Dit is naar mijn mening ook terecht omdat de aandelen tot het vermogen van de verkrijger blijven behoren. Bovendien is het voor het verkrijgen van de faciliteiten ook geen vereiste dat de aandelen bij hem tot een aanmerkelijk belang gaan behoren. Slechts is vereist dat de aandelen bij de erflater of schenker tot een aanmerkelijk belang behoorden. Het vervreemdingsverbod van art. 35e, lid 1, onderdeel c, sub 1 en 2, SW 1956 blijft uiteraard wel op de aandelen rusten. De verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap anders dan bij helfte daarentegen is niet alleen een vervreemding voor de aanmerkelijkbelangregeling (zie § 7.4.2) maar ook een vervreemding voor de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten. Dit laatste kan een reden zijn om met de verdeling van de aandelen te wachten totdat de voortzettingstermijn is vol gemaakt. Hierbij moet er echter wel op worden gelet dat de doorschuiftermijn van art. 4.17 Wet IB 2001 niet wordt verspeeld. Zie § 7.4.3.2.

## 7.4.5 Overbedelingsschuld

### 7.4.5.1 Schuld toerekenen aan de bezittingen

Indien bij de verdeling sprake is van een overbedeling heeft degene die is overbedeeld een overbedelingsschuld. De rente die de belastingplichtige op deze schuld betaalt, is aftrekbaar in box 2 voor zover de overbedelingsschuld staat tegenover de toedeling van de aandelen. De tegenover deze schuld bestaande vordering, de onderbedelingsvordering, behoort tot het box 3-vermogen.

#### Voorbeeld

A en B zijn in gemeenschap van goederen gehuwd. Tot het vermogen van de huwelijksgoederengemeenschap behoren de eigen woning met een waarde van € 500.000, een hypothecaire schuld van € 300.000, een aanmerkelijkbelangpakket met een waarde van € 800.000 en een tweede huis met een waarde van € 200.000. Ik abstraheer van belastinglatenties. A en B gaan scheiden en verdelen de huwelijksgoederengemeenschap als volgt: de eigen woning en de schuld worden toegedeeld aan A en B krijgt de aandelen en de tweede woning. B wordt overbedeeld voor € 400.000 en krijgt voor dat bedrag een overbedelingsschuld aan A. De schuld van B aan A ziet deels op het verkrijgen van de aandelen en deels op het verkrijgen van de tweede woning. De schuld moet nu pro rata worden toegerekend aan de aandelen en de tweede woning.<sup>54</sup> De schuld zit nu voor 8/10 in box 2 en voor 2/10 in box 3.<sup>55</sup> Bij A behoort de vordering tot het box 3-vermogen.

In de praktijk komt het nogal eens voor dat de overbedeelde de schuld aan zijn ex-echtgenoot aflost, zodat partijen ook financieel, behoudens eventuele alimentatieverplichtingen, los zijn van elkaar. Om de schuld te kunnen voldoen, zal een nieuwe lening bij de bank of wellicht bij de eigen bv moeten worden aangeaan. Deze herfinanciering heeft geen gevolgen voor de band tussen de schuld en het betrokken vermogensbestanddeel.<sup>56</sup>

<sup>53</sup>Voor een meer uitgebreide bespreking van de faciliteiten verwijs ik naar M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving*, (diss. Tilburg University) Den Haag: SDU 2011, § 3.3.17.

<sup>54</sup>Zie HR 20 januari 1988, *BNB* 1988/143.

<sup>55</sup>Indien de tweede woning het hoofdverblijf van B wordt, behoort de woning en dus ook de schuld, voor 2/10 tot box 1.

<sup>56</sup>Dit valt impliciet af te leiden uit het antwoord op vraag A.23 van het inmiddels vervallen vraag- en antwoordbesluit inzake de aftrekbaarheid van persoonlijke verplichtingenrente, *V-N* 1998/27.3, p. 2322. Zie ook § 6.10.6.

#### 7.4.5.2 Aftrek tegen 25% is fundamenteel onjuist

Geheel ten onrechte is de rente die B in het voorbeeld in § 7.4.5.1 op zijn box 2-schuld betaalt slechts aftrekbaar tegen 25%. Inkomen uit aanmerkelijk belang is de facto niet belast respectievelijk aftrekbaar tegen 25%, maar tegen 43,75% vanwege de vennootschapsbelastingdruk die ervoor zit. De rente die B moet betalen, raakt op geen enkele wijze de vennootschapsbelasting, zodat er geen reden bestaat de aftrek te beperken tot 25%.<sup>57</sup> Onder de Wet IB 1964 was de rente in uitzonderingsgevallen nog aftrekbaar tegen het normale progressieve tarief. Een van de uitzonderingen betrof rente op overbedelingsschulden ontstaan als gevolg van de verdeling van een nalatenschap of huwelijksgemeenschap. Deze uitzondering was opgenomen in art. 20b, tweede lid, Wet IB 1964 en alleen van toepassing als de rente bij overlijden van de schuldenaar door verrekening<sup>58</sup> teniet zou gaan bij de schuldenaar.<sup>59</sup> Door deze voorwaarde speelde deze uitzondering geen rol van betekenis bij echtscheidingssituaties.<sup>60</sup> Zo de uitzonderingen bestonden, hebben zij met ingang van 1 januari 2001 in elk geval geen werking meer. Er bestaat namelijk geen eerbiedigende werking.

#### 7.4.5.3 Bestaande schulden in de huwelijksgoederengemeenschap

Het komt uiteraard voor dat in de huwelijksgoederengemeenschap niet alleen een aanmerkelijkbelangpakket zit, maar ook een schuld die is aangegaan om de aandelen te verkrijgen. Deze schuld is historisch gezien verbonden met de aandelen. De vraag komt op of bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap het verband tussen de aanmerkelijkbelangaandelen en deze schuld blijft bestaan, of dat de gerechtigden tot de ontbonden huwelijksgemeenschap bij de verdeling nieuwe verbanden leggen. Naar mijn mening is dit laatste niet het geval. Het verdelen van de huwelijksgemeenschap is geen reden om het oude historische verband te verbreken. In § 6.10.7 heb ik hieraan uitgebreid aandacht besteed met inbegrip van een cijfervoorbeeld, zodat ik hier volsta met een verwijzing naar die paragraaf.

### 7.5 Huwelijkse voorwaarden en verrekenbedingen

#### 7.5.1 Inleiding

Echtgenoten die van de wettelijke gemeenschap willen afwijken, moeten bij notariële akte huwelijkse voorwaarden opmaken. Indien partijen huwelijkse voorwaarden overeenkomen, bestaan daartoe diverse varianten zoals een periodiek verrekenbeding, een finaal verrekenbeding en een huwelijksgoederengemeenschap ten aanzien van een aantal specifiek genoemde goederen zoals de eigen woning of aanmerkelijkbelangaandelen.<sup>61</sup> Van deze varianten zijn de verrekenstelsels veruit het populairst.<sup>62</sup> Uitsluiting van alle goederen zonder toevoeging van een verrekenbeding is alleen in bijzondere gevallen te adviseren.<sup>63</sup> Niet in de laatste plaats omdat anders bij een traditionele rolverdeling de vrouw slechts de rol vervult van onbezoldigd huishoudster.<sup>64</sup> De praktijk maakt veelvuldig gebruik van zowel

<sup>57</sup>In gelijke zin o.a. T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 308; R.P.C. Cornelisse en A.J. van Soelen, *Wetsontwerperherziening aanmerkelijkbelangregime, consumptieve rente en vermogensbelasting IV*, FED 1996/737, p. 2615; E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen, het nieuwe regime geëvalueerd* (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, p. 178 en 285-286 en in zijn artikel Nieuw aanmerkelijkbelangregime sluitend systeem zonder grove lekkages, MBB 1999/ 10, p. 16; A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 107 en 378; A.C. Rijkers in zijn artikel Consumptieve rente, WFR 1996/6206, p. 1044; L.G.M. Stevens, Herbezinning op rente, WFR 1997/6235, p. 319-320.

<sup>58</sup>Eigenlijk is sprake van vermenging. Zie E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen, het nieuwe regime geëvalueerd* (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, noot 249 op p. 180. Deze theoretische discussie heeft geen invloed op de praktische uitwerking van de bepaling. Zie voor een discussie over het civielrechtelijke begrip vermenging en de fiscale uitleg daarvan M.A. de Kleer, Vermenging, een vorm van genieten?, FTV 2000/5 en M. de L. Monteiro, Vermenging, een vorm van genieten? Een reactie, FTV 2000/ 10, p. 18- 20 met naschrift van M.A. de Kleer. Inmiddels heeft de Hoge Raad geoordeeld dat vermenging ook een vorm van genieten impliceert (HR 16 mei 2008, NTFR 2008/1094).

<sup>59</sup>Zie over deze materie uitgebreid A.P.M. van Rijn, Aftrekbaarheid van rente van overbedelingsschulden in de inkomstenbelasting, WFR 1998/6314, p. 1593-1595.

<sup>60</sup>Zie ook de reactie van de staatssecretaris op commentaar van de Orde in zijn brief van 15 oktober 1996, V-N 1996, p. 4028 en E.J.W. Heithuis, *Opbrengsten van aandelen, het nieuwe regime geëvalueerd* (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, p. 181. Opvallend was overigens dat de eis van verrekening van rente bij één persoon bij overlijden van de schuldenaar niet gold voor alle overige overbedelingsschulden, aangezien noch art. 36, noch art. 45, vijfde lid, sub 4, Wet IB 1964 deze voorwaarde stelde. Zie hierover ook E.J.W. Heithuis, Knelpunten in de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling: voorstellen voor het wetsvoorstel technische wijzigingen, WFR 1999/6305, p. 1242-1243.

<sup>61</sup>Zie voor een opsomming en een uitgebreide civielrechtelijke bespreking van alle varianten M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 277-291.

<sup>62</sup>M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 279.

<sup>63</sup>Van Mourik en Verstappen noemen als voorbeelden van bijzondere gevallen de situaties waarin één van de echtgenoten veel schulden heeft of ingeval beide partijen pensioengerechtigd zijn. M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 37.

<sup>64</sup>M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 38. Zie voor nog meer redenen waarom uitsluiting van alle goederen zonder nader verrekenbeding niet wenselijk is p. 37-38 en A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.E. Stijger, Fiscale gevolgen van verrekenbedingen, FTV, 2001/6, p. 13.

periodieke – als finale verrekenbedingen. Een combinatie van beide verrekenbedingen is ook mogelijk.<sup>65</sup> Gezien de steeds verdergaande populariteit van de verrekenstelsels is met ingang van 1 september 2002 het wettelijk deelgenootschap in het BW vervallen en daarvoor in de plaats biedt art. 1:132 e.v. BW regels voor verrekenbedingen. Hiermee heeft de wetgever gepoogd de wetgeving op het terrein van het huwelijksvermogensrecht te moderniseren en juridische geschillen over verrekenbedingen te voorkomen. Bij het bepalen van deze regels zijn diverse beslissingen van de Hoge Raad min of meer gecodificeerd in de wet. Hierover meer in de volgende paragrafen. De wettelijke regels zijn in het algemeen gesproken van regelend recht.<sup>66</sup> Het gaat dit boek te buiten om een uitgebreide beschrijving te geven van de civielrechtelijke aspecten van een periodiek en finaal verrekenbeding. Desondanks zijn hier enkele civielrechtelijke opmerkingen op hun plaats, niet in de laatste plaats vanwege de vragen of een periodiek en/of een finaal verrekenbeding aanmerkelijkbelanghouderschap doet ontstaan en of op de voldoening aan een verrekeningsverplichting middels de overdracht van aandelen de doorschuifregeling van art. 4:17 Wet IB 2001 van toepassing is. Zie over de fiscaalrechtelijke aspecten § 7.5.3. De civielrechtelijke aspecten bespreek ik in § 7.5.2. In § 7.2.4.2 is reeds ingegaan op de mogelijke gevolgen van het nieuwe huwelijksvermogensrecht met betrekking tot vergoedingsrechten.

## 7.5.2 Civielrechtelijke aspecten periodiek en finaal verrekenbeding

### 7.5.2.1 Alleen verbintenisrechtelijke werking

Bij beide verrekenbedingen moet goed voor ogen worden gehouden dat er nooit een huwelijksvermogensrechtelijke gemeenschap ontstaat. Een verrekenbeding leidt dus niet tot een goederenrechtelijke gemeenschap van goederen. Tussen de echtelieden ontstaat alleen een verbintenisrechtelijke aanspraak. De echtelieden hebben alleen eigen vermogen<sup>67</sup> en verder ontstaan er over en weer vorderingen in geld.<sup>68</sup>

### 7.5.2.2 Periodiek verrekenbeding

#### 7.5.2.2.1 Algemeen

In het geval van een periodiek verrekenbeding behouden beide echtgenoten ieder hun eigen vermogen. Wel zijn zij overeengekomen periodiek, bijvoorbeeld jaarlijks, het onverteerd gebleven inkomen te verrekenen. Van Mourik merkt op dat zodra het inkomen is ontvangen, het de status van vermogen krijgt.<sup>69</sup> Bij verrekening gaat het dus eigenlijk steeds om de verrekening van vermogen. Men noemt een periodiek verrekenbeding ook wel het Amsterdams verrekenbeding, omdat het Amsterdamse notariaat dit beding heeft ontwikkeld.

#### 7.5.2.2.2 Te verrekenen inkomen

Wat onder inkomen moet worden verstaan, kunnen de echtelieden zelf bepalen. Zij zullen bijvoorbeeld kunnen bepalen of naast de arbeidsinkomsten ook de vermogensinkomsten zoals rente en dividend meetellen en of in geval van ondernemerschap de winst uit onderneming ook onder het arbeidsinkomen valt.<sup>70</sup> Ten aanzien van een directeur – grootaandeelhouder (hierna: dga) zullen ook specifieke afspraken nodig zijn over de omvang van het salaris en over het al dan niet verrekenen van uitgedeelde en/ of opgepotte winsten. Indien de echtelieden hier geen afspraken over maken, geldt art. 1:141, vierde lid, BW. Dit lid bepaalt dat ook de niet-uitgekeerde winsten, voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd, eveneens voor verrekening in aanmerking komen, mits het verrekenbeding ook ondernemerswinsten omvat en de echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn naam uitgeoefend bedrijf hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen. Met deze wettelijke bepaling sluit de wetgever grotendeels aan bij de visie van de Hoge Raad op dit punt. De Hoge Raad oordeelde dat waardeinstijgingen van vermogensbestanddelen die geen inkomen hebben gegenereerd buiten de verrekening vallen, tenzij de waardeinstijging als inkomen moet worden beschouwd. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de waardevermeerdering van aandelen van een dga omdat hij het in zijn macht heeft om ‘zijn inkomen’

<sup>65</sup>Van Mourik meent dat een periodiek verrekenbeding zonder een finaal verrekenbeding alleen nog door onzorgvuldige en slaperige notarissen geadviseerd zal worden. M.J.A. van Mourik, Verrekenen in het huwelijksvermogensrecht, *FTV*, 2001/9, p. 22.

<sup>66</sup>Zie voor een bespreking van de (nieuwe) wettelijke regels, M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 555-561.

<sup>67</sup>M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 557.

<sup>68</sup>A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.E. Stijger, Fiscale gevolgen van verrekenbedingen, *FTV* 2001/6, p. 13.

<sup>69</sup>M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 556.

<sup>70</sup>Van Mourik en Verstappen geven de voorkeur om de verrekening te beperken tot de inkomsten uit arbeid aangezien het juist die inkomsten zijn waarop beide echtgenoten in redelijkheid aanspraak kunnen maken. M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: Kluwer 2006, p. 282. Zie voor nog veel meer vragen die in het kader van het verrekenbeding moeten worden beantwoord de bijdrage van Kavelaars-Niekoop en Labohm die erop aandringen dat partijen goede afspraken moeten maken ten einde interpretatieproblemen te voorkomen. R.M. Kavelaars-Niekoop en A.M. Labohm, Enkele civiele en fiscale aspecten van verrekenbedingen, *WFR* 2003/6519, p. 372-373.

in de bv te laten zitten.<sup>71</sup> Hierbij brengt de redelijkheid en billijkheid wel met zich mee dat de hoogte van de verrekeningsvordering wordt beperkt tot hetgeen de echtgenoot met behulp van het bedrijfsvermogen kan financieren zonder het bedrijf buiten staat te stellen een eventuele terugslag in de naaste toekomst te overleven.<sup>72</sup> Of een echtgenoot de macht heeft om zijn inkomen in de bv te laten zitten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Niet alleen de zeggenschap op basis van het aandeelhouderschap, maar ook de statuten, de aandeelhoudersovereenkomsten en de feitelijke verhoudingen kunnen hierbij van invloed zijn.<sup>73</sup> Het verschil tussen de jurisprudentie van de Hoge Raad en art. 1:141, vierde lid, BW is, dat de Hoge Raad de waardestijging van de aandelen voor verrekening vatbaar stelde, terwijl art. 1:141, vierde lid, BW het alleen heeft over de opgepotte winsten.<sup>74</sup> Deze twee grootheden zullen in de regel niet aan elkaar gelijk zijn.

#### 7.5.2.2.3 Geen jaarlijkse verrekening

Uit de praktijk blijkt dat de jaarlijkse verrekening van de niet-geconsumeerde inkomsten achterwege blijft. Dit neemt niet weg dat er wel jaarlijks een vordering ontstaat, alleen is het vooralsnog onduidelijk hoe groot die vordering is.<sup>75</sup> De verrekeningsverplichting blijft ook in stand en strekt zich mede uit over de resultaten die met het beleggen van de bespaarde inkomens zijn behaald (art. 1:141, eerste lid, BW). Hiermee sluit de wetgever ten eerste aan bij het arrest Vossen-Swinkels waarin de Hoge Raad bepaalde dat in geval verrekening achterwege is gebleven de redelijkheid en de billijkheid met zich meebrengen dat bij het einde van het huwelijk alsnog verrekening moet plaatsvinden en wel dusdanig dat wordt gedaan alsof er een wettelijk deelgenootschap tussen de echtelieden bestaat.<sup>76</sup> Nadrukkelijk merk ik op dat de Hoge Raad niet heeft bepaald dat er een wettelijk deelgenootschap of een huwelijksgoederengemeenschap ontstaat.<sup>77</sup> Ten tweede hanteert de wetgever evenals de Hoge Raad ter zake van de niet-verrekenende, bespaarde inkomsten de beleggingsgedachte.<sup>78</sup> Indien met het onverteerde inkomen aandelen zijn gekocht in een bv, brengt de redelijkheid en billijkheid dus ook met zich mee dat de waarde van die aandelen voor verrekening vatbaar zijn.<sup>79</sup>

Ten slotte bepaalt art. 1:141, zesde lid, BW dat de vordering tot verrekening niet eerder verjaart dan drie jaar na beëindiging van het huwelijk dan wel het onherroepelijk worden van de beschikking tot scheiding van tafel en bed. Deze bepaling is van dwingend recht en kan dus niet worden verkort.

Deze verjaring moet overigens worden onderscheiden van in periodieke verrekenbedingen opgenomen vervaltermijnen. De Hoge Raad acht een dergelijk vervalbeding niet nietig (HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463, (Sonnevanck)), maar een beroep op het vervalbeding kan wel in strijd komen met de redelijkheid en de billijkheid (HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617, (Rensing-Polak)). In HR 23 juni 2000, *NJ* 2001, 347, het vervolgarrest van Rensing-Polak, was de te late claim achteraf van de vrouw samen met het genereuze financiële aanbod van de man voor het hof en de Hoge Raad voldoende om het beroep op het vervalbeding door de man te accepteren. Uit dit arrest blijkt verder dat de partij die zich op het vervalbeding beroept, de stel- en de bewijsplicht heeft.

#### 7.5.2.3 Finaal verrekenbeding

In geval van een finaal verrekenbeding zijn de echtgenoten overeengekomen bij het einde van het huwelijk ieders vermogen zo te verdelen als ware er bijvoorbeeld een gemeenschap van goederen of als ware het stelsel van winst en verlies van toepassing. In tegenstelling tot een periodiek verrekenbeding van inkomen, gaat het hier dus om de finale verrekening van vermogen. Volgens Van Mourik roepen ‘finale verrekenbedingen in de praktijk geen *specifieke* problemen op’, zodat het wettelijke kader slechts uit twee artikelen bestaat.<sup>80</sup> Voor de situatie van echtscheiding is van belang dat art. 1:142 BW bepaalt, dat in geval van echtscheiding de omvang van het te verrekenen vermogen moet worden vastgesteld op het moment dat het verzoek tot echtscheiding is ingediend. De werking van het finaal

<sup>71</sup>HR 3 oktober 1997, *NJ* 1998, 338, (Bal/Keller) en recenter HR 2 mei 2001, *NJ* 2001, 583, (Slot-Ceelen) en HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584, (Visserijbedrijf).

<sup>72</sup>HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584, (Visserijbedrijf).

<sup>73</sup>M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 561. In gelijke zin R.M. Kavelaars-Niekoop en A.M. Labohm, Enkele civiele en fiscale aspecten van verrekenbedingen, *WFR* 2003/6519, p. 375.

<sup>74</sup>M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 560 en R.M. Kavelaars-Niekoop en A.M. Labohm, Enkele civiele en fiscale aspecten van verrekenbedingen, *WFR* 2003/6519, p. 374 en 379.

<sup>75</sup>M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: kluwer 2006, p. 284.

<sup>76</sup>HR 7 april 1995, *NJ* 1996, 486 (Vossen-Swinkels); HR 19 januari 1996, *NJ* 1996, 617 (Rensing-Polak); HR 28 maart 1997, *RvdW* 1997, 83.

<sup>77</sup>Zie over de nakoming en niet-nakoming van een Amsterdams verrekenbeding en een bespreking van de jurisprudentie M.J.A. van Mourik en L.C.A. Verstappen, *Nederlands vermogensrecht bij echtscheiding*, Deventer: kluwer 2006, p. 298-305.

<sup>78</sup>Reeds in 1985 oordeelde de Hoge Raad dat doel en strekking van een periodiek verrekenbeding met zich meebrengen dat niet alleen de niet-verrekenende inkomsten moeten worden verrekend, maar ook de met die bespaarde inkomsten behaalde beleggingsresultaten. HR 15 februari 1985, *NJ* 1986, 885.

<sup>79</sup>Zie ook HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 584, (Visserijbedrijf). Zie hierover uitgebreider M.J.A. van Mourik, Verrekenen in het huwelijksvermogensrecht, *FTV* 2001/9, p. 26-28.

<sup>80</sup>M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 561.

verrekenbeding kan overigens worden beperkt tot de situatie waarin het huwelijk wordt ontbonden door overlijden. In geval van beëindiging van het huwelijk door echtscheiding, hoeft men dan niet te verrekenen.

#### 7.5.2.4 Overgangsrecht

De wettelijke regels zoals hier besproken, gelden met ingang van 1 september 2002. Voor de oude verrekenbedingen is slechts een beperkt overgangsrecht opgenomen. Voor zover hier van belang bestaat het overgangsrecht hierin dat voor huwelijksvoorwaarden die uitsluitend een finaal verrekenbeding omvatten en die bestonden voor 1 september 2002 het oude recht van toepassing blijft. Dit betekent dat op grond van art. 1:129 BW (oud) de regels van het wettelijk deelgenootschap van overeenkomstige toepassing zijn, voor zover daarvan niet uitdrukkelijk of door de aard van de bedingen is afgeweken.<sup>81</sup> Voor periodieke verrekenbedingen of voor gecombineerde bedingen is geen overgangsrecht opgenomen zodat de nieuwe wettelijke regels direct gelding hebben.<sup>82</sup>

### 7.5.3 Fiscaalrechtelijke aspecten

#### 7.5.3.1 Aanmerkelijkbelanghouder

Stel dat een man en een vrouw onder huwelijksvoorwaarden zijn gehuwd en dat de man eigenaar is van alle aandelen in bv X. De juridische eigendom rust dan alleen bij de man, hij is dan ook de enige aanmerkelijkbelanghouder. Indien zijn echtgenoot bij beëindiging van het huwelijk op grond van een finaal verrekenbeding recht heeft op de waardeverrekening van de aanmerkelijkbelangaandelen, is en blijft de man nog steeds de enige juridische eigenaar van de aandelen. Dit geldt ook voor die gevallen waarin een periodiek verrekenbeding niet is nagekomen.

De echtgenote krijgt in deze gevallen echter wel een economisch belang bij de aandelen en de vraag is of zij hierdoor aanmerkelijkbelanghouder wordt. In de literatuur zijn de meningen hieromtrent verdeeld. Van Dijk is van mening dat het economisch belang bij de aandelen doorslaggevend is, waardoor in zijn visie bij een finaal verrekenbeding beide echtelieden aanmerkelijkbelanghouder zijn.<sup>83</sup> Kavelaars-Niekoop en Labohm delen zijn visie.<sup>84</sup> Heithuis voelt ook veel voor deze economisch getinte benaderingswijze, maar meent toch dat ervan moet worden uitgegaan dat de echtgenoot van een aanmerkelijkbelanghouder die slechts is gerechtigd tot een waardeverrekening geen aanmerkelijkbelanghouder wordt, met name omdat de echtgenoot geen recht heeft op de aandelen zelf.<sup>85</sup> Blokland meent dat de echtgenote op grond van een finaal verrekenbeding nooit aanmerkelijkbelanghouder wordt.<sup>86</sup> Ook Rijkers is deze mening toegedaan. Volgens hem is de juridische eigendom van de aandelen doorslaggevend en pas in het geval de juridische eigendom van de aandelen en het economische belang bij de aandelen uit elkaar lopen moet van deze hoofdregel worden afgeweken. Zie ook § 7.2.3. In het geval van een finaal verrekenbeding, noch in het geval van een periodiek verrekenbeding is het de bedoeling van partijen om het juridische belang bij de één te leggen en het economische belang bij de ander. Vandaar dat op de hoofdregel geen uitzondering hoeft te worden gemaakt en de juridische eigenaar (in casu de man) de aanmerkelijkbelanghouder is.<sup>87</sup> Gezien het standpunt van de staatssecretaris in onderdelen 4.6 en 4.8 van laatstelijk het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *NTFR* 2012/2189, deelt hij de mening van Blokland, Heithuis en Rijkers.

#### 7.5.3.2 Doorschuifregeling

Zoals hiervoor betoogd, meen ik dat een periodiek verrekenbeding noch een finaal verrekenbeding ertoe leidt dat de verrekeningsgerechtigde aanmerkelijkbelanghouder wordt. Dit betekent dat de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen van de ene echtgenoot aan de andere echtgenoot een gewone vervreemding is. Zelfs als de aandelen worden overgedragen om te voldoen aan de verrekeningsvordering is sprake van een gewone vervreemding.<sup>88</sup> Art. 4.17 Wet IB 2001 is niet van toepassing omdat geen sprake is van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht. Blokland en Heithuis oordelen in gelijke zin ten aanzien van art. 20a, zevende lid, Wet IB 1964 waarin de doorschuifregeling was opgenomen die overeenkomt met het huidige art. 4.17 Wet IB 2001.<sup>89</sup>

<sup>81</sup> M.J.A. van Mourik, Regels voor verrekenbedingen, *WPNR* 2002/6499, p. 561.

<sup>82</sup> Art. IV, eerste lid, *Stb.* 2002, 152.

<sup>83</sup> J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 194.

<sup>84</sup> R.M. Kavelaars-Niekoop en A.M. Labohm, *Familierecht en de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling*, *WFR* 1997/6255, p. 1075 e.v.

<sup>85</sup> E.J.W. Heithuis, *49 vragen en antwoorden over het aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 89-90 en 95-96 en *Opbrengsten van aandelen, het nieuwe regime geëvalueerd* (diss. Rotterdam), Schiedam 1999, p. 140.

<sup>86</sup> T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 216. In gelijke zin M.H.C. Ruijschop, *Samenlevingsvormen en aanmerkelijk belang*, *FTV* 2003/2, p. 7.

<sup>87</sup> A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijk, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 234-236.

<sup>88</sup> In gelijke zin R.E.C.M. Niessen, 'Gevolgen van een periodieke verrekening voor de inkomstenbelasting', *WPNR* 2002/6483, p. 274.

<sup>89</sup> T. Blokland, *Winst uit aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 216; E.J.W. Heithuis, *49 vragen en antwoorden over het aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 89-90.



Kavelaars-Niekoop en Labohm daarentegen stellen dat wel gebruik kan worden gemaakt van art. 20a, zevende lid, Wet IB 1964 mits de overdracht van de aandelen plaatsvindt in het kader van de nakoming van de verrekeningsverplichting. De reden is dat deze verplichting ligt opgesloten in het huwelijksvermogensrecht, zodat sprake is van een verkrijging krachtens huwelijksvermogensrecht.<sup>90</sup> Met Beukers-van Dooren en Stijger ben ik echter van mening dat de verrekeningsverplichting weliswaar voortvloeit uit het huwelijksvermogensrecht, maar dat daaruit slechts een geldvordering ontstaat.<sup>91</sup> Hoe en waarmee deze vordering wordt afgelost, wordt niet beheerst door het huwelijksvermogensrecht. Bovendien staat in art. 20a, zevende lid, Wet IB 1964, noch in art. 4.17 Wet IB 2001 het woord verkrijging. Er moet sprake zijn van een overgang krachtens huwelijksvermogensrecht en dat is niet aan de orde.

Ook de staatssecretaris is de mening toegedaan dat bij de nakoming van een finaal of periodiek verrekenbeding door middel van de overdracht van aandelen art. 4.17 Wet IB 2001 niet van toepassing is. Zie onderdelen 4.6 en 4.8 van het verzamelbesluit aanmerkelijk belang van 4 september 2012, nr. BLKB2012/101M, *NTFR* 2012/2189. Hij wijst er wel op dat indien de koopsom schuldig wordt gebleven, eventueel uitstel van betaling kan worden verleend op de voet van art. 25, negende lid, IW 1990. In eerste instantie nam de staatssecretaris een afwijkend standpunt in met betrekking tot de situatie waarin een periodiek verrekenbeding niet was nagekomen en met de onverteerde inkomsten aanmerkelijkbelangaandelen gekocht. Uiteindelijk voldoen partijen bij echtscheiding alsnog aan het periodiek verrekenbeding en wel zodanig dat de ene echtgenoot aanmerkelijkbelangaandelen overdraagt aan de andere echtgenoot. In die situatie was volgens de staatssecretaris art. 4.17 Wet IB 2001 wel van toepassing. De staatssecretaris ging er hierbij van uit dat de niet verrekende onverteerde inkomsten gemeenschappelijk vermogen vormen (Onderdeel c van Vraag F.12 van het vraag- en antwoordbesluit inzake het aanmerkelijk belang van 4 april 2001, *NTFR* 2001/587). Deze visie heeft in de literatuur naar mijn mening terecht kritiek ontvangen.<sup>92</sup> Als de echtelieden de onverteerde inkomsten niet verrekenen, dan ontstaat er namelijk gewoon een vordering van de ene echtgenoot op de andere echtgenoot. Er is alleen nog niet vastgesteld hoe groot die vordering is. Het verrekenbeding heeft slechts verbintenisrechtelijke gevolgen en kan geen gemeenschappelijk vermogenbestanddeel doen ontstaan.<sup>93</sup> In een eerdere druk van dit Fiscale Geschrift heb ik dan ook het standpunt ingenomen dat onderdeel c van vraag F.12 heroverweging behoeft.<sup>94</sup> In het inmiddels vervallen verzamelbesluit van 23 november 2006, nr. CPP2006/2674M, *NTFR* 2006/ 1736 is de staatssecretaris in onderdeel 6.7 op zijn eerdere oordeel teruggekomen. In dit onderdeel geeft de staatssecretaris aan bij nader inzien een onjuist standpunt te hebben ingenomen. Art. 4.17 Wet IB 2001 is in de gegeven situatie niet van toepassing. Dit nieuwe standpunt gaat in voor situaties waarbij de verrekening plaatsvindt na 31 december 2006.

De vraag komt op wat rechtens is als de echtgenoten ter verkrijging van de doorschuifregeling vlak voor de echtscheiding ten aanzien van de aanmerkelijkbelangaandelen een beperkte huwelijksgoederengemeenschap aangaan.<sup>95</sup> Kunnen zij op deze manier de fiscale claim toch geruisloos doorschuiven? Gezien het arrest HR 14 april 1993, *BNB* 1993/202 gewezen voor de overdrachtsbelasting, lijkt op het eerste gezicht geen andere conclusie mogelijk dan dat het antwoord op deze vraag bevestigend moet zijn. In dat arrest hieven de echtgenoten vlak voor de echtscheiding (28 dagen) de huwelijksvoorwaarden op, zodat de onroerende zaak in de huwelijksgoederengemeenschap viel. Hierdoor creëerden zij de mogelijkheid om de onroerende zaak vrij van

<sup>90</sup>R.M. Kavelaars-Niekoop en A.M. Labohm, *Familierecht en de nieuwe aanmerkelijkbelangregeling*, *WFR* 1997/6255, p. 1075 e.v.

<sup>91</sup>A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.E. Stijger, *Fiscale gevolgen van verrekenbedingen*, *FTV*, 2001/6, p. 18.

<sup>92</sup>In gelijke zin A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.E. Stijger, *Fiscale gevolgen van verrekenbedingen*, *FTV* 2001/6, p. 15, die spreken van een merkwaardig afwijkend standpunt; C.A. Kraan en J.F.M. Giele, *EB.Tijdschrift voor scheidingsrecht* 2000/11-12; R.E.C.M. Niessen, *Gevolgen van een periodieke verrekening voor de inkomstenbelasting*, *WPNR* 2002/6483, p. 275; A.C. Rijkers en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 235-236. Anders echter Heithuis die stelt dat kan worden verdedigd dat het onverdeelde bespaarde inkomen beide partners toekomt op grond van HR 7 juni 1995, *NJ* 1996, 486 en in zoverre wel sprake is van een huwelijksgemeenschapsvermogen. E.J.W. Heithuis, *49 vragen en antwoorden over het aanmerkelijk belang*, Deventer: Kluwer 1999, p. 103.

<sup>93</sup>Zo ook R.E.C.M. Niessen, *Gevolgen van een periodieke verrekening voor de inkomstenbelasting*, *WPNR* 2002/6483, p. 275; A.C. Rijkers, en J.E.A.M. van Dijck, *De aanmerkelijkbelangregeling in de Wet IB 1964 en de Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2000, p. 235-236.

<sup>94</sup>Ondanks het feit dat het besluit naar mijn mening niet juist was, ben ik met Niessen van mening dat belastingplichtigen er wel een beroep op konden doen. R.E.C.M. Niessen, *Gevolgen van een periodieke verrekening voor de inkomstenbelasting*, *WPNR* 2002/6483, p. 275.

<sup>95</sup>Voor wijziging van het huwelijksgoederenregime was tot 1 januari 2012 toestemming van de rechtbank, nodig waarvoor blijkens art. 1:119 BW als eis goldt dat er redelijke gronden voor wijziging zijn en dat er geen gevaar ontstaat voor benadeling van schuldeisers. Met ingang van 1 januari 2012 kan de wijziging plaatsvinden bij notariële akte. Tegelijkertijd is art. 1:102 BW gewijzigd. Hierin is bepaald dat na ontbinding van de gemeenschap ieder der echtgenoten voor het geheel aansprakelijk blijft voor de gemeenschapsschulden waarvoor hij voordien aansprakelijk was en voor andere gemeenschapsschulden is hij hoofdelijk met de andere echtgenoot verbonden, met dien verstande evenwel dat daarvoor slechts kan worden uitgewonnen hetgeen hij uit hoofde van verdeling van de gemeenschap heeft verkregen, onverminderd de artikelen 190, eerste lid, en 191, eerste lid, van Boek 3. Met deze wijziging van art. 1:102 BW worden de belangen van schuldeisers volgens de wetgever voldoende beschermd, zodat tussenkomst van de rechter niet meer nodig is. *Kamerstukken II* 2005/2006, 28 867, nr. 9, p. 19- 21. De Hoge Raad oordeelde in HR 23 september 1983, *NJ* 1984, 544 dat wijziging mogelijk is als deze is gericht op de financiële, waaronder in het bijzonder of zelfs uitsluitend fiscale, gevolgen van een voorgenomen echtscheiding. De hiervoor gegeven wijzigingen die met ingang van 1 januari 2012 hebben plaatsgevonden, hebben hierin naar mijn mening geen verandering gebracht.

overdrachtsbelasting toe te delen aan de andere echtgenoot. De Hoge Raad achtte in casu geen *fraus legis* aanwezig omdat de wet nu eenmaal de faciliteit mogelijk maakt en omdat – na de verdeling van de huwelijksgemeenschap – is afgerekend op dezelfde wijze als waarop zou zijn afgerekend als de huwelijkse voorwaarden niet waren gewijzigd.<sup>96</sup> Deze rechtspraak lijkt weinig ruimte te laten voor een andere visie ten aanzien van de doorschuifregeling voor het aanmerkelijk belang; ook daar staat de wet nu eenmaal de doorschuifregeling bij een verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap toe zonder enige restrictie. In de vorige druk heb ik aangegeven dat er enige ruimte voor nuance is, onder andere vanwege het feit dat de overdrachtsbelasting een belasting is zonder aanwijsbare rechtsgrond,<sup>97</sup> terwijl de inkomstenbelasting naar haar aard is gebaseerd op het draagkrachtbeginsel en een inbreuk daarop niet zonder meer moet worden geaccepteerd in situaties waarin belastingplichtigen de doorschuifregeling moedwillig opzoeken. Inmiddels meen ik dat de Hoge Raad met betrekking tot art. 4.17 Wet IB 2001 niet anders zal beslissen dan dat hij heeft gedaan voor de vrijstelling voor de overdrachtsbelasting. Met ingang van 1 januari 2010 is de doorschuifregeling bij overlijden beperkt tot de situatie van bedrijfsopvolging (art. 4.17a Wet IB 2001). Dit geldt ook voor de doorschuifregeling in geval van schenking die met ingang van diezelfde datum is ingevoerd (art. 4.17c Wet IB 2001). Met betrekking tot art. 4.17 Wet IB 2001 is bepaald dat deze doorschuifregeling geen toepassing vindt in geval de huwelijksgoederengemeenschap wordt ontbonden als gevolg van het overlijden. In dat geval moet ook worden getoetst of sprake is van een bedrijfsopvolging (art. 4.17a, achtste lid, Wet IB 2001). De wetgever heeft verder geen eisen aan art. 4.17 Wet IB 2001 gesteld. Hiermee is een beroep op *fraus legis* – zo dat al kans van slagen zou hebben – naar mijn mening in ieder geval niet meer mogelijk; de wetgever heeft willens en wetens geen voorwaarden gesteld aan de toepassing van de doorschuifregeling in geval van echtscheiding, omdat de wetgever de mogelijkheid van het opzoeken van de doorschuifregeling door het aangaan van een (beperkte) huwelijksgoederengemeenschap in het zich van echtscheiding heeft geaccepteerd.

### 7.5.3.3 Schulden

De schulden die ontstaan als gevolg van een periodiek of finaal verrekenbeding kunnen weliswaar verband houden met aanmerkelijkbelangaandelen, maar daarmee zijn het nog geen schulden die zijn ontstaan om aanmerkelijkbelangaandelen te verkrijgen. Immers, de eigendomsverhouding van de aandelen is gelijk gebleven.<sup>98</sup> De wetgever is ook deze mening toegedaan, zo blijkt uit het volgende citaat uit de parlementaire toelichting bij art. 20b Wet IB 1964:<sup>99</sup>

‘Ik merk overigens op dat bij huwelijkse voorwaarden waar het hier om gaat, geen sprake is van een overgang van de eigendom van vermogensbestanddelen; de aandelen blijven eigendom van degene tot wiens vermogen zij behoren; van een verkrijging krachtens huwelijksvermogensrecht is geen sprake en bij overlijden van degene die niet de aandelen bezit ook niet van een overgang krachtens erfrecht.’

De verrekeningsschulden behoren hierdoor op grond van de hoofdregel, dat de ‘schulden de bezittingen volgen’, naar mijn mening toe aan box 3; er is geen sprake van een schuld die is aangegaan ter verwerving van aanmerkelijkbelangaandelen. Overigens maakte de staatssecretaris onder de Wet IB 1964 een uitzondering op deze hoofdregel. Tijdens de parlementaire geschiedenis van art. 20b, tweede lid, Wet IB 1964 gaf hij naar aanleiding van vragen van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan dat verrekeningsschulden op dezelfde wijze als overbedelingsschulden zouden worden behandeld.<sup>100</sup> De gelijkschakeling met overbedelingsschulden heeft de staatssecretaris in zijn rol van uitvoerder voor de Wet IB 1964 bevestigd.<sup>101</sup> Of deze gelijkstelling onder de oude wet inkomstenbelasting in geval van echtscheiding uitkomst heeft geboden, valt te betwijfelen gezien de voorwaarde dat de rente bij overlijden van de schuldenaar door verrekening teniet moest gaan. Deze beperkte werking is onderkend en bewust geaccepteerd<sup>102</sup>:

<sup>96</sup>In het arrest *BNB* 1993/201 dat op dezelfde dag is gewezen, is beslist dat het aangaan van een beperkte gemeenschap vlak voor echtscheiding (19 dagen) ook niet leidt tot *fraus legis*. A-G Moltmaker had in zijn conclusies bij *BNB* 1993/201 en 202 nog tot het tegendeel geoordeeld vanwege de korte duur van de gemeenschap. Ook Scheltens in zijn noot bij *BNB* 1993/201 en 202 meent dat het haastig nog een wijziging van het huwelijksvermogensregime totstandbrengen fiscaal niet gehonoreerd had moeten worden.

<sup>97</sup>Zie onderdeel 4.12 van de conclusie van Wattel bij HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/313 waarin de Hoge Raad een beroep op dwaling ten aanzien van de reorganisatievrijstelling van art. 15, eerste lid, onderdeel h, Wet BRV 1970 honoreerde.

<sup>98</sup>In gelijke zin A.F.M.Q. Beukers-van Dooren en M.E. Stijger, *Fiscale gevolgen van verrekenbedingen*, *FTV* 2001/6, p. 18 en R.E.C.M. Niessen, ‘Gevolgen van een periodieke verrekening voor de inkomstenbelasting’, *WPNR* 2002/6483, p. 275.

<sup>99</sup>Zie *Kamerstukken II* 1996/1997, 24 761, nr. 9.

<sup>100</sup>Brief van de staatssecretaris van Financiën, 15 oktober 1996, *V-N* 1996, p. 4028, punt 7: ‘Bij overlijden wordt het huwelijk ontbonden en wordt op grond van het verrekenbeding afgerekend als ware er sprake van een algehele gemeenschap van goederen. Tot de nalatenschap behoren in een dergelijk geval de vermogensbestanddelen van de overledene alsmede een schuldvordering op de langstlevende dan wel een schuld aan de langstlevende, afhankelijk van de omvang van de vermogens van beiden. De aldus ontstane schuld voor zover toe te rekenen aan aandelen die behoren tot een aanmerkelijk belang, heeft in zoverre derhalve betrekking op een overbedeling als bedoeld in artikel 20b, tweede lid’.

<sup>101</sup>Zie vraag A.24 van het inmiddels vervallen besluit van 11 mei 1998, *V-N* 1998/27.3 inzake de toepassing van art. 45, vijfde lid, Wet IB 1964. Deze goedkeuring geldt overigens niet voor rentebetalingen die echtgenoten onderling tijdens het huwelijk verschuldigd zijn op grond van verrekenbedingen gedurende het huwelijk. Zie vraag A. 25 van hetzelfde besluit.

<sup>102</sup>Brief van de staatssecretaris van Financiën 15 oktober 1996, *V-N* 1996, p. 4028, punt 7.

‘Bij echtscheiding zal artikel 20b, tweede lid, in normale gevallen niet werken. Bij een later overlijden van de schuldenaar zal dan immers geen sprake zijn van een verrekening van de inkomsten uit de schuldvorderingen met de te betalen renten bij dezelfde persoon.’

Voor zover een dergelijke uitzonderlijke situatie wel bestond, dan is in elk geval met ingang van 2001 geen aftrek van rente meer mogelijk. Anders dan voor de Wet IB 1964 heeft de staatssecretaris in zijn rol van uitvoerder voor de Wet IB 2001 geen goedkeurende besluiten gepubliceerd waarin hij aangeeft dat de rente op een finale verrekeningsschuld op dezelfde wijze moest worden behandeld als de rente op een overbedelingsschuld. Als de staatssecretaris voor de onderhavige situatie ook onder de Wet IB 2001 geen verschil in behandeling wenst tussen overbedelingsschulden en verrekeningsschulden, zal hij zich hierover uitdrukkelijk moeten uitlaten. Vooralsnog ga ik ervan uit dat de verrekeningsschulden per definitie box 3-vermogen vormen.

## **7.6 Afkoop van alimentatie**

Het zal niet vaak voorkomen dat de alimentatieverplichting wordt afgekocht middels een overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen. In de regel zal degene die de aandelen bezit ook degene zijn geweest die de feitelijke zeggenschap in de vennootschap heeft (gehad) en de feitelijke bedrijfsvoering heeft (verricht). Deze echtgenoot zal niet bereid zijn de aandelen over te dragen. Alleen in de situatie waarin de aandelen de eigendom zijn van de ‘verkeerde’ ex-echtgenoot bestaat een reden om de aandelen over te dragen. In voorkomende gevallen is sprake van een gewone vervreemding, waarop de doorschuifregeling van art. 4.17 Wet IB 2001 niet van toepassing is. Ook om deze reden zal afkoop van alimentatie door middel van overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen weinig voorkomen.

## **7.7 Conclusie**

Echtscheiding roept in de aanmerkelijkbelangsfere geen noemenswaardige problemen op voor de echtgenoten. In het – incidentele – geval waarin het einde van het fiscale partnerschap leidt tot een fictieve vervreemding, kan de fiscale claim worden doorgeschoven. Dit laatste geldt ook in de gevallen waarin de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap leidt tot een vervreemding. Voor de buiten gemeenschap van goederen gehuwden ligt dit anders. Indien als gevolg van een verrekenbeding de ene echtgenoot geld moet betalen aan de andere en de betaling vindt plaats door middel van de overdracht van aanmerkelijkbelangaandelen, moet worden afgerekend. Dit is ook het geval indien een periodiek verrekenbeding niet is nagekomen en de overgedragen aandelen zijn gekocht uit de onverteerde inkomsten.